Université Lille Nord de France
Pôle de Recherche et d'Enseignement Supérieur

PRES Université Lille Nord de France

Thèse délivrée par

L'Université Lille 2 – Droit et Santé

Université Lille 2 Droit et Santé

N° attribué par la bibliothèque

__|__|__|__|__|__|__|__|__|__|

THÈSE

Pour obtenir le grade de Docteur en droit public

Présentée et soutenue publiquement par

Julien Lainé

Le 07 décembre 2011

EMPIRISME ET CONCEPTUALISME EN DROIT CONSTITUTIONNEL

JURY

Directeur de thèse : Madame Géraldine Chavrier, Professeur des Universités, Université Paris I, Panthéon-Sorbonne

Membres du jury:

Monsieur Jean-Marie Denquin, Professeur des Universités, Université Paris X, Ouest Nanterre La défense
Monsieur Luc Heuschling, Professeur des Universités, Université du Luxembourg
Monsieur Armel Le Divellec, Professeur des Universités, Université Paris II, Panthéon-Assas
Monsieur Dominique Rousseau, Professeur des Universités, Université Paris I, Panthéon-Sorbonne

L'Université n'entend donner aucune approbation ou improbation aux opinions émises dans cette thèse, celles-ci devant être considérées comme propres à l'auteur de l'ouvrage.

Je tiens à remercier chaleureusement mon Directeur de thèse, le Professeur Géraldine Chavrier, pour sa disponibilité et l'ensemble des précieux conseils qu'elle m'a donné tout au long de la thèse. Ceux-ci, à n'en point douter, m'ont toujours permis de me remettre en question et de progresser. Par ailleurs, je suis très reconnaissant de la confiance qu'elle m'a toujours accordée et surtout, de la confiance qui m'a permis de faire de l'empirisme et du conceptualisme, un objet d'étude en droit constitutionnel.

Pour ces raisons, je lui dédie ce travail et n'oublierai jamais à quel point les conséquences de notre rencontre, liée à des circonstances empiriques et contingentes, ont pu provoquer en moi, autant de joie et de passion intellectuelle pour le droit constitutionnel.

TABLE DES ABREVIATIONS

AFDC	Association française du droit constitutionnel
AFDI	Annuaire français de droit international
AIJC	Annuaire international de justice constitutionnelle
AJDA	Actualité juridique du droit administratif
APD	Archives de philosophie du droit
BJCL	Bulletin juridique des collectivités locales
Cahiers	Les nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel
C. Constit.	Conseil constitutionnel
CE	Conseil d'Etat
Chron.	Chronique
coll.	collection
CURAPP	Centre Universitaire de Recherches sur l'Action Publique et le Politique
D.	Recueil Dalloz
DC	décision de conformité
Dir.	directeurs(trices) de publication
EDCE	Etudes et documents du Conseil d'Etat
éd.	édition
in	dans
JCPA	La semaine juridique, édition administration et collectivités territoriales
JCPG	La semaine juridique, édition générale
JO	Journal Officiel
Ibid.	au même endroit
Infra.	ci-après
LGDJ	Librairie générale de droit et jurisprudence
LPA	Les Petites Affiches
not.	notamment
op. cit.	déjà cité dans une note précédente
p.	page
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille

PUF	Presses universitaires de France.
PUG	Presses universitaires de Grenoble
QPC	question prioritaire de constitutionnalité
RA	Revue administrative
RCADI	Recueil des cours de l'académie de droit international de La Haye
RDP	Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger
Rec.	Recueil des décisions du Conseil constitutionnel
Rec. Leb.	Recueil Lebon
Rééd.	réédition
RFDA	Revue française du droit administratif
RFDC	Revue française de droit constitutionnel
RFSP	Revue française de science politique
RGDIP	Revue générale de droit international public
RPP	Revue politique et parlementaire
RRJ	Revue de la recherche juridique (Droit prospectif)
RTDCiv	Revue trimestrielle du droit civil
RTDE	Revue trimestrielle de droit européen
RUDH	Revue universelle des droits de l'homme
Supra.	ci-dessus
spéc.	spécialement
suiv.	suivantes
t.	tome
th.	thèse
vol.	volume

SOMMAIRE

INTRODUCTION

PARTIE I/ LES PRINCIPES GENERAUX AU SEIN DES MANUELS DE DROIT CONSTITUTIONNEL : UNE APPREHENSION HAUTEMENT CONCEPTUELLE

TITRE I/ DU CONCEPTUALISME A L'EMPIRISME DANS LES METHODES DOCTRINALES D'APPREHENSION DU DROIT CONSTITUTIONNEL

Chapitre 1/ La consécration d'une science du droit constitutionnel autour des grands principes libéraux de la période révolutionnaire
Chapitre 2/ L'émergence d'une lecture « *empirique* » du droit constitutionnel : « *l'empirisme politique* »

TITRE 2/ DE « L'EMPIRISME JURIDIQUE » A LA CONFIRMATION DES PRINCIPES GENERAUX ELABORES A LA FIN DU XIXe SIECLE DANS LES MANUELS DE DROIT CONSTITUTIONNEL CONTEMPORAIN

Chapitre 1/ La constitution est la concrétisation pratique des principes généraux du droit constitutionnel : « *l'empirisme juridique* »
Chapitre 2/ Le maintien des principes doctrinaux au sein des manuels et le défi du développement de la jurisprudence constitutionnelle

PARTIE 2/ DE L'INFLUENCE DE LA JURISPRUDENCE EMPIRIQUE DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL SUR LES PRINCIPES GENERAUX, EN MARGE DES MANUELS

TITRE 1/ LA JURISPRUDENCE DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL, SOURCE EMPIRIQUE DU DROIT CONSTITUTIONNEL

Chapitre 1/ L'analyse de la jurisprudence empirique du Conseil constitutionnel par la doctrine
Chapitre 2/ De l'empirisme du juge constitutionnel : aspects théoriques et pratiques à partir de la comparaison avec l'étranger

TITRE 2/ LA TOURNURE EMPIRIQUE ET CONTENTIEUSE DU DROIT CONSTITUTIONNEL

Chapitre 1/ Une fragilisation des règles de droit constitutionnel en vigueur sous l'effet de la jurisprudence empirique du Conseil constitutionnel
Chapitre 2/ Les perspectives d'évolution vers une analyse conceptuelle du droit constitutionnel jurisprudentiel

CONCLUSION GENERALE/ Les prémisses d'une reconsidération des principes généraux sur la base de la seule jurisprudence constitutionnelle : à propos d'un manuel récent de « *droit constitutionnel jurisprudentiel* »

INTRODUCTION

En 1902, dans le premier numéro de la *Revue trimestrielle de droit civil*, Adhémar Esmein interroge les conséquences, en droit civil, du développement de la jurisprudence en marge du Code civil[1]. Plus précisément, l'analyse d'Esmein s'efforce de démontrer l'influence de l'évolution des sources du droit sur le travail de la doctrine.

Au cours du XIXe siècle, la discipline repose exclusivement sur des principes élaborés par la doctrine à partir d'une exégèse du Code civil. Néanmoins, l'interprétation croissante des dispositions du Code par les tribunaux, crée une nouvelle source du droit, à-même d'enrichir ces principes[2]. Evoluant dans un premier temps dans des sphères séparées - une science des principes pour la doctrine, la résolution de cas pour les tribunaux -, les Professeurs intègrent alors progressivement la jurisprudence dans l'étude du droit privé. Davantage, l'enjeu majeur à l'époque, considère Adhémar Esmein, est de faire de la jurisprudence un véritable objet d'étude à côté de l'analyse traditionnelle des principes généraux sur la base du Code civil. A l'étude figée des lois écrites, l'enseignement doit inévitablement intégrer la façon dont le droit est réellement pratiqué et adapté au temps présent[3]. Techniquement, il s'agit de substituer une « *méthode historique*[4] » à la traditionnelle « *méthode dogmatique*[5] », afin de saisir l'ensemble des décisions et de parvenir à une synthèse de la jurisprudence[6].

Les enjeux soulevés par Adhémar Esmein compte tenu de l'évolution du droit civil au début du XXe siècle, s'appliquent en tous points au droit constitutionnel contemporain. En effet,

---

[1] A. Esmein, « La jurisprudence et la doctrine », *RTDCiv*, 1902, p. 5 : « *La substance du Code civil s'est peu à peu assouplie et transformée, c'est là un fait qui doit dominer aujourd'hui la science et l'enseignement* ».

[2] *Ibid.*, p. 6 et 7 : « *Mais, de son côté, la pratique, ayant pour régulateur les sentences des tribunaux et surtout les arrêts de la Cour de cassation, travaillait sans relâche à l'interprétation du Code civil, interprétation plus large, plus compréhensive que celle de la doctrine, car elle se faisait non seulement sur les articles mais aussi en dehors des articles, lorsqu'ils n'avaient point prévu les problèmes juridiques qui surgissaient* » (…) « *Elle n'y procédait point avec des vues d'ensemble et un ordre méthodique. C'étaient les faits qui posaient les questions ; c'étaient les litiges qui se dégageaient, dans le conflit des intérêts ; et il fallait les résoudre* (…) *le plus souvent, ni le cours de la Faculté, ni la page de l'auteur n'avaient prévu la difficulté spécifique qu'il fallait résoudre* ».

[3] *Ibid.*, p. 12 : « *Ce qui impose ce parti pris, cette orientation nouvelle de l'étude du droit civil, c'est la nature même de notre droit français, sa nature actuelle et vraie. Ce n'est pas, en effet, une législation morte que renferment les pages du Code civil. C'est un droit vivant, qui a déjà longtemps vécu, et qui je l'espère, est appelé à vivre longtemps encore* ».

[4] *Ibid.*, p. 13.

[5] *Ibid.*, p. 11.

[6] *Ibid.*, p. 16 : « ***Cette harmonie générale, avec ses irrégularités secondaires, qui peut la formuler et la démontrer ? Ce ne sont point les tribunaux : ils fournissent et taillent les matériaux, mais ne sont point chargés de construire l'édifice. Ce sont les théoriciens, les hommes d'étude : voilà pour le cabinet de travail et pour la chaire du professeur*** ».

jusqu'à une période récente, le droit constitutionnel est une discipline qui repose sur des principes élaborés par la doctrine à partir de la Constitution. Néanmoins, le développement progressif de la jurisprudence du Conseil constitutionnel depuis 1958, tend à rompre l'harmonie d'ensemble et livre une lecture sans cesse renouvelée des règles du droit constitutionnel. Ainsi, comme le suggère Esmein pour le droit privé, la prise en compte de la jurisprudence en droit constitutionnel suppose une évolution des méthodes et des principes doctrinaux. Bien entendu, avant même la prise en compte de la jurisprudence, la doctrine a souvent été confrontée à la nécessaire adaptation des principes à la réalité du droit et de ses différentes sources. Pour cette raison, si le rapport entre la jurisprudence et la doctrine constitue un aboutissement, la présente étude vise plus largement les rapports entre la doctrine et l'ensemble des règles du droit constitutionnel. Elle s'efforce de déterminer la part d'empirisme et de conceptualisme en droit constitutionnel.

I/ Une première approche des termes du sujet

Le thème de l'empirisme et du conceptualisme ne constitue pas un objet connu du droit constitutionnel et la doctrine n'emploie pas cette alternative, pas davantage que l'un seulement des termes pris isolément[7]. Néanmoins, il est plus familier d'autres disciplines des sciences sociales, notamment des théories de la connaissance en philosophie (A). Surtout, l'autre grande branche du droit public, le droit administratif, a permis dans les années 1950 d'introduire le thème de l'empirisme et du conceptualisme dans la science juridique (B).

A/ De l'empirisme et du conceptualisme en général : l'appréhension par un sujet d'un objet qui lui est distinct

Le terme « *empirisme* » est connu en philosophie et il est traditionnellement opposé à celui de « *rationalisme*[8] ». Adossée à la problématique générale des théories de la connaissance, cette opposition permet d'interroger le rapport entre un objet et un sujet capable de connaître et de

[7] On trouve parfois l'adjectif « *empirique* » ou « *pragmatique* » pour qualifier l'attitude du Conseil constitutionnel. Voir par exemple, D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, 7e éd., Paris, Montchrestien, 2006, p. 237.

[8] Voir sur ce point, l'entrée « *empirisme* » *in* A. Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, PUF, 2002, p. 281.

rendre compte de cet objet. Pour ce faire, la réflexion doit admettre une distinction claire entre le sujet et l'objet[9]. Cet objet qui renvoie à la réalité des choses - la nature - peut être un phénomène naturel, vivant ou non, un fait social ou une règle de droit.

La question essentielle est alors celle de savoir, comment un sujet peut appréhender et connaître un objet quelconque qui lui est extérieur[10]. A cette question, une alternative générale est communément admise : soit le sujet dispose, de façon innée, des instruments de l'esprit qui lui permettent d'appréhender le monde extérieur soit au contraire, le sujet ne peut qu'à travers l'expérience et l'observation, connaître cette réalité. Il s'agit précisément de l'opposition philosophique classique entre le rationalisme et l'empirisme.

Dès lors, dans son sens philosophique général, l'empirisme signifie « *toutes les doctrines qui nient l'existence d'axiomes en tant que principes de connaissance logiquement distincts de l'expérience*[11] ». Par opposition, le rationalisme est la « *doctrine d'après laquelle toute connaissance certaine vient de principes irrécusables, a priori, évidents, dont elle est la conséquence nécessaire, et, d'eux seuls, les sens ne pouvant fournir qu'une vue confuse et provisoire de la vérité*[12] ».

Compte tenu des termes mêmes de la problématique générale du rattachement de la réalité à une règle plus générale et abstraite, l'empirisme et le conceptualisme, terme approchant de celui de rationalisme en philosophie, intéressent particulièrement le droit administratif, discipline créée par la jurisprudence continue du juge administratif.

B/ Empirisme et conceptualisme en droit administratif : une situation particulière (le droit) est- elle rattachable à une règle plus générale et abstraite (le discours doctrinal)

Apparu dans les années 1950, le thème de l'empirisme et du conceptualisme en droit administratif[13] renvoie à une discussion en doctrine entre Bernard Chenot, Conseiller d'Etat,

---

[9] Voir J-M. Besnier, *Les théories de la connaissance*, Paris, PUF, 2005, p. 11.

[10] En philosophie, relève M. Besnier, « *Le théoricien de la connaissance se demande alors comment s'effectue cette élaboration qui a conduit au savoir, par quels prismes la réalité est passée avant de devenir un objet pour le sujet qui connaît* ». *Ibid.*, p. 12.

[11] Voir l'entrée « *empirisme* » *in* A. Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, PUF, 2002, p. 281.

[12] Voir l'entrée « *rationalisme* », *Ibid*., p. 889.

[13] En théorie générale du droit, le conceptualisme juridique renvoie à la question générale de savoir si chaque situation particulière se rattache à une règle plus générale et abstraite. Voir not., J. Dabin, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 1969, p. 267 et suiv. Le civiliste belge réfute l'idée d'un système juridique où chaque règle particulière serait la conséquence de règles préétablies, plus générales et abstraites. Pour lui, il n'existe qu'une

et Jean Rivero, Professeur à la faculté de droit de Poitiers. Le premier considère que le droit administratif ne peut être traité comme une synthèse d'idées générales et procède essentiellement d'une démarche empirique[14]. Confrontée à l'attitude du juge administratif qui ne s'attache qu'à la résolution pratique d'un cas d'espèce et se soucie peu de théorie[15], la doctrine ne parvient pas à conceptualiser le droit né de la jurisprudence ou si elle y parvient, voit ses constructions démenties par le juge administratif. Plus généralement, prétendre enfermer les faits sociaux dans des catégories juridiques stables comporte une large part d'artifice du fait de l'infinie variété des situations de la réalité sociale et de son évolution[16].

En réaction, Jean Rivero, dans son article « *Apologie pour les « faiseurs de systèmes »*[17], reconsidère le rôle du juge et de la doctrine, dans le sens d'un dialogue constructif qui permet la systématisation des données du droit administratif. En effet, il montre qu'il revient au juge de dire le droit et à la doctrine dans un second temps, de rassembler l'ensemble des solutions d'espèce au sein d'un cadre plus général et abstrait. A partir des solutions jurisprudentielles concrètes en d'autres termes, la doctrine induit des principes[18]. Il considère alors que le droit administratif loin de verser vers l'empirisme, s'organise autour de notions générales permettant la prévisibilité de ses règles[19].

De façon appliquée par exemple, si Bernard Chenot considère qu'il est simplement possible de décrire une suite d'arrêts qui permet d'identifier et d'appliquer le régime d'une activité de

---

somme de cas particuliers – il réfute la thèse de l'existentialisme juridique - même s'il admet qu'avec la multiplication des cas, il possible d'induire des règles plus générales. *A contrario*, il précise que le plus souvent le droit positif est posé en des termes suffisamment généraux de sorte que le contingent trouve le plus souvent un point d'ancrage dans la règle de droit.

[14] Sur la pensée de Bernard Chenot, voir Th. Fortsakis, *Empirisme et conceptualisme en droit administratif*, Paris, LGDJ, 1987, p. 136 et suiv. Voir spéc., p. 137 : « *L'auteur en arrive ainsi à nier en bloc l'existence de toute notion, « institutionnelle » ou a priori. Selon lui, la jurisprudence s'attache exclusivement « aux réalités concrètes, en écartant toute querelle théorique sur l'essence des institutions, pour définir seulement les actes qui manifestent l'existence sociale de celles- ci* ».

[15] B. Chenot, « L'Existentialisme et le Droit », *RFSP*, 1953, p. 57. Voir spéc., p. 62 : « *Le seul souci qui guide aujourd'hui la jurisprudence du Conseil d'Etat, c'est d'éviter les règles générales et les notions a priori, d'examiner en lui-même chacun des actes qui lui est soumis avant de dire si celui-ci ressortit à la juridiction ordinaire ou à l'autre* ». Dans le même sens, voir les conclusions de M. Chenot, alors Commissaire du Gouvernement sur un arrêt du Conseil d'Etat du 10 février 1950, *Sieur Gicquel* . Sur la question de l'intérêt à agir contre un acte administratif, il constate que la jurisprudence du Conseil d'Etat ne permet pas d'établir des bases théoriques dans la mesure où le juge se fonde toujours sur des raisons pratiques, liées au cas d'espèce qui lui est soumis. (CE, 10 février 1950, *Sieur Gicquel*, Rec. Leb., p. 100.) Voir, spéc., p. 101 : « ***Cette jurisprudence enfin, qui, en ne précisant jamais les motifs théoriques de son choix, laisse dans l'embarras les faiseurs de systèmes*** ».

[16] Voir sur ce point, B. Chenot, « La notion de service public dans la jurisprudence économique du Conseil d'Etat », *EDCE*, 1950, n° 4, p. 77.

[17] J. Rivero, « Apologie pour les faiseurs de systèmes », *D*. 1951, chron. n° XXIII, p. 23.

[18] *Ibid.*, p. 23 : « ***au juge de dire le Droit à travers les cas d'espèce ; au commentateur de systématiser des solutions particulières, de les coordonner en un tout organisé, d'en éclairer les formules les unes par les autres, de les transformer ainsi en une matière intelligible*** ».

[19] Dans le même sens, voir M. Waline, « Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques ? », *Mélanges Dabin*, Bruxelles, Bruyland, 1963, t. 1, p. 359.

service public[20] compte tenu des circonstances de l'espèce[21], Jean Rivero, au contraire, montre qu'à partir de la jurisprudence, la doctrine a la possibilité d'induire un concept général de service public.

Parler d'empirisme et de conceptualisme en droit administratif consiste donc à se demander si la discipline est réductible à un ensemble d'arrêts isolés ou au contraire, si elle repose, par la synthèse doctrinale de la jurisprudence, sur des catégories générales et abstraites susceptibles de rendre compte du droit positif en vigueur ?[22]
Quand le droit trouve sa source essentielle dans la jurisprudence, la stabilité des rapports juridiques sera assurée par des décisions qui permettent de dégager des règles générales et impersonnelles, c'est-à-dire susceptibles d'être appliquées à une multitude de cas d'espèce. *A contrario* cette stabilité sera malmenée si le pragmatisme du juge l'emporte et que les arrêts se contentent d'être exclusivement effectifs pour l'espèce jugée.

C'est donc l'étude du rapport entre la jurisprudence administrative et la doctrine qui a introduit le thème de l'empirisme et du conceptualisme en droit administratif. C'est l'analyse de la relation entre l'objet droit - la jurisprudence administrative - et le sujet chargé de connaître et de transmettre la connaissance sur le droit - la doctrine administrativiste - qui permettra de déterminer si le droit administratif doit être considéré comme une science empirique ou une science conceptuelle. Pour reprendre les termes de Jean Rivero sur ce point, il s'agit de l'analyse « ***du rôle respectif des concepts et des données circonstancielles dans l'élaboration et la mise en œuvre du droit administratif***[23] ».

Reprenant ce thème à son compte dans sa thèse de doctorat publiée en 1987, le Professeur Théodore Fortsakis interroge précisément d'un côté le travail de la doctrine et de l'autre, celui du juge administratif[24]. Essentiellement, il défend l'idée selon laquelle l'empirisme et le conceptualisme ont toujours été liés et ont contribué de façon indissociable, à la construction

---

[20] Sur la question particulière du service public, *Ibid.*, p. 367.
[21] Voir B. Chenot, « La notion de service public dans la jurisprudence économique du Conseil d'Etat », *op.cit.*
[22] Sur cette problématique d'ensemble, voir Th. Fortsakis, *Conceptualisme et empirisme en droit administratif français*, *op.cit*.
[23] Voir la préface de Jean Rivero à la thèse du Professeur Fortsakis, *Ibid.*, préface, p. 13.
[24] *Ibid.*, introduction générale, p. 24 et suiv. Appliqué au droit administratif, le thème de l' « *empirisme* » et du « *conceptualisme* » relève l'auteur, renvoie à « *l'existence d'une jurisprudence élaborée par une juridiction spécialisée selon certaines méthodes et l'existence d'une doctrine* (…) *Par conséquent, conceptualisme et empirisme en droit administratif sont à rechercher par rapport à ces deux éléments constitutifs primordiaux, doctrine et juge* ».

et au développement du droit administratif[25]. Il rejoint en ce sens la plupart des auteurs qui se sont intéressés à ces questions[26] pour considérer que la jurisprudence dit le droit mais n'a jamais pour ambition de répondre à une théorie ou d'en proposer une. Il revient ensuite à la doctrine de réduire une succession de cas, à des principes simples et synthétiques[27].

Si le thème de l'empirisme et du conceptualisme s'impose naturellement compte tenu des caractéristiques propres au droit administratif, Marcel Waline a néanmoins montré qu'il est susceptible d'intéresser toute discipline juridique. Précisément, l'éminent auteur relève que cette problématique interroge « *l'attitude du juriste en face de chaque problème concret qui se pose à lui* (…), c'est-à-dire vise à déterminer « *dans quelle mesure il est légitime et opportun pour le juriste de passer du cas concret à l'abstraction pour donner à ce problème, à ce cas d'espèce, la solution la plus correcte et la meilleure*[28] ».

II/ Détermination de l'objet d'étude : une analyse globale du saisissement par la doctrine des règles de droit constitutionnel dans leur ensemble

L'idée de confronter cette problématique au droit constitutionnel est d'abord liée aux mutations de la discipline depuis la création du Conseil constitutionnel en 1958[29]. En effet, le

---

[25] *Ibid*., introduction, p. 22 : « *Empirisme et conceptualisme : telles sont les deux tendances fondamentales autour desquelles évolue le droit administratif* ». Voir également conclusion, p. 487.

[26] Voir par exemple, R. Latournerie, « Sur un Lazare juridique ; Bulletin de santé de la notion de service public ; agonie ? convalescence ? ou jouvence ? », *EDCE*, 1960, n° 14, p. 61. Plus récemment, voir D. Costa, *Les fictions juridiques en droit administratif*, th., Paris, LGDJ, 2000, p. 200 : « *Il semble que la querelle opposant empiristes et conceptualistes doit être dépassée afin de constater que le droit administratif est un système conceptuel dans lequel l'empirisme trouve néanmoins sa place* ».

[27] Pour une analyse récente, voir B. Pacteau, « La doctrine, auteur, acteurs du droit administratif… », *in* M. Hecquard-Théron (Dir.), *Les facultés de Droit inspiratrices du droit ?*, Toulouse, Presses de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 2005, p. 83 : « *Plus que toute autre discipline et sur une longue période, le droit administratif a semblé tiraillé entre ces deux acteurs/ auteurs : d'un côté les juges se voulant et dits spécialement chez nous en France et en droit public, fabricants autant que garants du droit ; de l'autre, les professeurs, penseurs, annotateurs, en un mot la doctrine, se pensant et parfois décrits concepteurs et constructeurs du droit* ».

[28] M. Waline, « Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques ? », *op. cit.*, p. 360.

[29] Il ne convient pas de revenir sur le débat désormais daté sur la nature du Conseil constitutionnel. Confirmée par les évolutions successives du Conseil, notamment compte tenu des caractéristiques procédurales impliquées par la nouvelle procédure de question prioritaire de constitutionnalité, l'opinion aujourd'hui majoritaire qualifiant le Conseil constitutionnel de juridiction, s'impose très largement. Voir not., H. Roussillon, *Le Conseil constitutionnel*, 6e éd., Paris, Dalloz, 2008, p. 7 ; M. Verpeaux, « Le Conseil constitutionnel, 49 ans après… », *LPA*, 10 juillet 2008, n° 138, p. 62 ; D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, 9e éd., Paris, Montchrestien, 2010, 586 p.

développement de la jurisprudence constitutionnelle[30] pouvait laisser présumer une facette empirique en droit constitutionnel[31], susceptible d'interroger la nécessité pour la doctrine constitutionnaliste, de procéder *a posteriori* à une mise en ordre synthétique des décisions du Conseil constitutionnel (A). En réalité, l'alternance entre l'empirisme et le conceptualisme en droit constitutionnel dépasse le seul rapport de la doctrine et de la jurisprudence et s'efforce de saisir dans tous les stades de la discipline, et quelles que soient les sources, le travail de systématisation du droit (B).

A/ Les défricheurs d'une analyse du droit sous l'angle de la jurisprudence du Conseil constitutionnel : penser intellectuellement les conditions d'un droit constitutionnel jurisprudentiel à partir des années 1970

A partir du développement du Conseil constitutionnel et de sa jurisprudence, un certain nombre d'auteurs a permis d'ouvrir progressivement la voie à l'admission du droit constitutionnel comme une discipline jurisprudentielle[32].

Essentiellement tout d'abord, on doit à Louis Favoreu et au Professeur Dominique Rousseau le soin d'avoir contribué à favoriser la diffusion des activités du Conseil constitutionnel et surtout, d'avoir accompagné les mutations du droit constitutionnel, entendu comme discipline scientifique, au prisme de la jurisprudence[33]. En effet, à titre principal, les Professeurs Favoreu et Rousseau ont proposé une acception renouvelée de la notion de Constitution[34] ou

---

[30] Compte tenu de l'ampleur du sujet, la présente étude ne s'intéresse pas véritablement à l'apport de la jurisprudence des juridictions suprêmes nationales dans l'interprétation de la Constitution. D'ailleurs un certain nombre de travaux traitent de ces questions. Voir pour des exemples récents, G. Drago (Dir.), *L'application de la Constitution par les Cours Suprêmes : Conseil constitutionnel, Conseil d'Etat, Cour de cassation*, Paris, Dalloz, 2007, 234 p.; O. Desaulnay, *L'application de la Constitution par la Cour de cassation*, th., Paris, Dalloz, 2009, 852 p. ; S. Leroyer, *L'apport du Conseil d'Etat au droit constitutionnel de la Ve République*, th., Paris, Dalloz, 2011, 756 p.

[31] Parmi les motifs qui ont favorisé le développement d'un courant empirique en droit administratif, M. le Professeur Théodore Fortsakis identifie le rôle croissant de la jurisprudence. Voir Th. Fortsakis, *Conceptualisme et empirisme en droit administratif français*, *op. cit.*, p. 134 et suiv.

[32] Voir sur ce point, L. Favoreu, « L'apport du Conseil constitutionnel au droit public », *Pouvoirs*, 1986, n° 13, p. 23 : « *en devenant un droit jurisprudentiel et un droit appliqué, le droit constitutionnel se « rejudicise ». Il n'est plus « un catalogue de recettes politiques à caractère vaguement obligatoire dans lequel la science politique avait plus d'importance que le droit »* ».

[33] Voir not., L. Favoreu, « Le principe de constitutionnalité. Essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *in Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1977, p. 33 ; L. Favoreu, « L'apport du Conseil constitutionnel au droit public », *Pouvoirs*, *op. cit.*, p. 17 ; D. Rousseau, « Les transformations du droit constitutionnel sous la Ve République », *RDP*, 1998, p. 1781.

[34] L. Favoreu, « Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit », *RFDC*, n° 1, 1990, p. 71 ; D. Rousseau, « Une résurrection : la notion de Constitution », *RDP*, 1990, p. 5. La Constitution est désormais considérée comme une norme juridique mais surtout, conformément à la pensée de ces deux auteurs, à

ont démontré que l'Etat de droit en France, est dorénavant pleinement effectif depuis la soumission de la loi au respect de la Constitution[35]. Parallèlement, en insistant sur le rôle du Conseil constitutionnel dans la défense des droits et libertés, les deux éminents auteurs ont analysé le dépassement de la démocratie représentative vers la démocratie constitutionnelle[36]. Au fond et de façon synthétique, l'un des apports essentiels de la pensée des Professeurs Favoreu et Rousseau réside dans un déplacement progressif de l'objet du droit constitutionnel. A l'analyse des règles constitutionnelles qui organisent le fonctionnement des institutions politiques, il s'agit d'adjoindre l'étude de la jurisprudence du Conseil constitutionnel garantissant une protection continue des droits et libertés des citoyens[37].

D'un autre côté, Georges Vedel[38] comme le Professeur Bastien François, ont permis la transposition de la logique du droit administratif aux nouveaux rapports entre la doctrine et le Conseil constitutionnel. Précisément, dans plusieurs articles, Georges Vedel a pu interroger un certain nombre de problématiques connues du droit administratif. Entre autres, il a analysé d'une façon générale les rôles respectifs de la doctrine et du Conseil constitutionnel[39] - la

---

un ensemble de règles en constante évolution sous l'effet de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Sur ce point, le Professeur Rousseau notamment, considère que, sous l'effet de l'activité du Conseil constitutionnel, la Constitution prend dorénavant la forme d'une « *charte jurisprudentielle des droits et libertés des citoyens* ». Voir D. Rousseau, « Une résurgence : la notion de Constitution », *op. cit.*, p. 6; voir également, D. Rousseau, « Les transformations du droit constitutionnel sous la Ve République », *RDP* 1998, p. 1786.

[35] Dans un article paru en 1991, Louis Favoreu considère qu'avec la mise en place d'une justice constitutionnelle en France, « *l'Etat de droit constitue une étape supplémentaire et un perfectionnement par rapport à la démocratie* ». En substance, il relève que si dans un premier temps, seule la meilleure désignation et représentation des gouvernés par les gouvernants réalisent la démocratie, dorénavant, conformément aux objectifs de l'Etat de droit, il s'agit d'organiser un véritable contrôle de l'activité des représentants du peuple. Voir L. Favoreu, « De la démocratie à l'Etat de droit », *Le Débat*, n° 64, 1991, p. 157.
Sur le rapport entre la démocratie et l'Etat de droit, voir également, M. Troper « La démocratie comme Etat de droit », disponible sur Internet, à l'adresse suivante: http://www.unesco.chairephilo.uqam.ca/michel_troper.htm

[36] Voir sur ce point, D. Rousseau, « De la démocratie continue », *in* D. Rousseau (Dir.), *La démocratie continue*, Paris, LGDJ, 1995, p. 5 et suiv. Voir également, D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, 9e éd., Paris, Montchrestien, 2010, p. 542 : « *Plus précisément, le Conseil serait à la jonction, à l'articulation des espaces politique et public, l'institution d'une nouvelle relation institutionnelle entre les deux « sociétés », en imposant les droits des gouvernés aux organes de l'Etat* ».

[37] Voir D. Rousseau, « Une résurgence : la notion de Constitution », *op. cit.*, p. 8 : « *Entendue en ce sens, la Constitution n'est plus comme autrefois, la définition des rapports entre les institutions, la séparation des pouvoirs ; la Constitution, c'est désormais la définition des rapports entre les citoyens et l'Etat, la charte des droits et des libertés dont la garantie est assurée par la mise en place d'un mécanisme de sanction des organes d'Etat* ».

[38] Voir not., G. Vedel, « Doctrine et jurisprudence constitutionnelles », *RDP*, 1989, p. 11 ; G. Vedel, « Réflexions sur quelques apports de la jurisprudence du Conseil d'Etat à la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *in Mélanges René Chapus*, Paris, Montchrestien, 1992, p. 647 ; G. Vedel, « Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 1996, n° 1.
Sur l'apport du Doyen Vedel, voir P. Esplugas, « Les professeurs de droit au Conseil constitutionnel, l'exemple de Georges Vedel », *in* M. Hecquard-Théron (Dir.), *Les Facultés de Droit inspiratrices du droit ?*, Toulouse, Presses de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 2005, p. 217 et suiv.

[39] Voir G. Vedel, « Doctrine et jurisprudence constitutionnelles », *op. cit.*, p. 11.

résolution d'un cas d'espèce pour le juge[40] et l'analyse générale de la jurisprudence pour la doctrine[41] - ou plus particulièrement, s'il revient au Conseil constitutionnel, dans le cadre de son contrôle de constitutionnalité des lois de privatisations d'entreprises publiques, de définir une notion constitutionnelle de service public ?[42]

Surtout, on doit au Professeur Bastien François la démarche qui consiste à utiliser le droit administratif comme un modèle transposable au droit constitutionnel contemporain[43]. En substance, il interroge dans les années 1990, les conséquences de l'évolution et de la place de la jurisprudence du Conseil constitutionnel au sein du droit constitutionnel[44]. Techniquement, l'entreprise doctrinale consiste dorénavant au saisissement de la jurisprudence afin de la rassembler *a posteriori* au travers de principes généraux[45]. En d'autres termes, il s'agit de faire de la jurisprudence le soubassement positif des principes doctrinaux[46]. Sur ce point d'ailleurs, l'intitulé d'un article publié par le Professeur François en 1993 est très significatif :

---

[40] *Ibid.*, p. 12 : « *Si je puis me permettre cette image, le juge pilote un véhicule engagé sur une route sinueuse dont il ne connaît pas toujours à l'avance le tracé* ».

[41] *Ibid.*, p. 13 : « *La doctrine, elle, est dans une situation différente. Le commentateur n'est pas au volant du véhicule. Il est un peu dans la situation du spectateur qui regarde passer le Tour de France du haut d'une éminence. Il a une vue plongeante, il voit d'où vient le véhicule, il voit comment il « négocie » les tournants, comment il choisit les carrefours, il voit la direction générale du parcours* ».

[42] G. Vedel, « Réflexions sur quelques apports de la jurisprudence du Conseil d'Etat à la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *op. cit.*, p. 661 et suiv.

[43] B. François, « Le juge, le droit et la politique : éléments d'une analyse politiste », *RFDC*, n° 1, 1990, p. 49 ; B. François, « Une revendication de juridiction. Compétence et justice dans le droit constitutionnel de la Ve République », *Politix*, 1990, n° 10-11, p. 92 ; B. François, « Du juridictionnel au juridique. Travail juridique, construction jurisprudentielle du droit et montée en généralité », *in* CURAPP, *Droit et politique*, Paris, PUF, 1993, p. 201 et suiv. ; B. François, « La constitution du droit ? La doctrine constitutionnelle à la recherche d'une légitimité juridique et d'un horizon pratique, *in* CURAPP, *La doctrine juridique*, Paris, PUF, 1993, p. 210 ; B. François, « Le Conseil constitutionnel et la Cinquième République. Réflexions sur l'émergence et les effets du contrôle de constitutionnalité en France », *RFSP*, 1997, n° 3- 4, p. 377.

Voir, plus particulièrement, B. François, « L'influence des doctrines publiciste et privatiste. Un point de vue politiste », *in* G. Drago, B. François, N. Molfessis (Dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1999, p. 90 : « *On comprend alors que la relation entre doctrine et jurisprudence – au moins en droit public où cette question se pose avec une particulière acuité – soit généralement décrite sur le mode d'une complémentarité fonctionnelle – d'une « intime coopération » écrit Jean Rivero – où la différence de situation entre le juge et le savant est mise au service de la production d'un meilleur droit, « droit « souple », droit « proche du concret » mais droit, avec tout ce que le mot implique de nécessaire abstraction et d'organisation systématique* ».

[44] C'est-à-dire « *le droit de la jurisprudence du Conseil constitutionnel* ». *Ibid.*, p. 94.

Il s'agit relève l'auteur, d'analyser la « *concurrence/coopération entre les savants et les praticiens* ». *Ibid.*, p. 92.

[45] *Ibid.*, p. 90 : « *On comprend alors que la relation entre doctrine et jurisprudence – au moins en droit public où cette question se pose avec une particulière acuité – soit généralement décrite sur le mode d'une complémentarité fonctionnelle – d'une « intime coopération » écrit Jean Rivero – où la différence de situation entre le juge et le savant est mise au service de la production d'un meilleur droit, « droit « souple », droit « proche du concret » mais droit, avec tout ce que le mot implique de nécessaire abstraction et d'organisation systématique* ».

[46] Sur ce point, l'auteur utilise à plusieurs reprises, l'expression « *produire du juridique à partir du juridictionnel* ». *Ibid.*, p. 95.

« ***Du juridictionnel au juridique. Travail juridique, construction jurisprudentielle du droit et montée en généralité***[47] ».

Ainsi, la systématisation du droit constitutionnel contemporain sous l'effet de la jurisprudence, rapproche ce dernier des méthodes de conceptualisation du droit administratif[48]. Notamment, à partir de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, c'est à la doctrine de rassembler l'ensemble des décisions et de procéder à un travail de généralisation autour de quelques principes synthétiques[49].

B/ Suivre la formation et l'évolution des principes généraux du droit constitutionnel dans tous les stades de la discipline

Réduire la part d'empirisme et de conceptualisme au seul rapport de la jurisprudence et de la doctrine méconnaît pour un part, certains aspects essentiels liés au sujet. Pour cette raison, il s'agit plus généralement d'interroger le saisissement de l'objet droit, quelle que soit sa source, par des principes doctrinaux capables de permettre la connaissance et l'analyse du droit. Cela permet d'envisager l'appréhension par la doctrine des sources du droit constitutionnel dont la jurisprudence fait bien entendu partie intégrante, mais également la Constitution, la coutume, voire la pratique politique.

Ainsi par exemple, si la doctrine se contente d'une exégèse des dispositions particulières contenues dans une Constitution - énumérer les droits et libertés des citoyens et décrire les règles d'organisation et de fonctionnement des pouvoirs publics - elle applique une démarche empirique alors qu'une recherche qui permet de déterminer quels sont les principes qui sont au fondement de l'ensemble des dispositions constitutionnelles particulières, correspond à une démarche conceptuelle. De surcroît, le droit constitutionnel national offre de nombreuses

---

[47] Voir B. François, « Du juridictionnel au juridique. Travail juridique, construction jurisprudentielle du droit et montée en généralité », *op. cit.*, p. 201.

[48] Voir B. François, « La constitution du droit ? La doctrine constitutionnelle à la recherche d'une légitimité juridique et d'un horizon pratique », *op. cit.*, p. 210. Le Professeur François relève en ce sens, qu' « *en mobilisant le même principe d'établissement de la juridicité que dans le droit administratif, le droit constitutionnel peut se transformer en droit de la jurisprudence constitutionnelle et qu'ainsi soit revendiquée la nécessité d'un savoir spécifique proprement juridique et de ce fait inaccessible aux différentes catégories de profanes pouvant avant dire leur mot* ».

[49] Voir B. François, « L'influence des doctrines publicistes et privatistes. Un point de vue politiste », *op.cit.*, p. 95 : En « *produisant dorénavant du juridique à partir du juridictionnel, c'est- à- dire en n'étant plus seulement le produit d'une interprétation relativement indifférenciée de la Constitution mais en se définissant comme une entreprise continue de codification d'une pratique (contentieuse), le droit constitutionnel dispose ainsi de ressources d'abstraction sans cesse renouvelées* (…) ».

constitutions aux caractéristiques singulières et variées, impliquant des méthodes d'analyse différentes.

Parallèlement, le statut des différentes sources en droit constitutionnel, comme d'ailleurs la défense d'une certaine théorie du droit par la doctrine[50], constituent des facteurs essentiels d'appréhension du sujet. Notamment, la conviction que la connaissance du phénomène constitutionnel doit intégrer la réalité pratique du pouvoir et l'évolution des institutions en marge de la constitution, conduit à une approche empirique. C'est également une méthode empirique qui est le plus souvent privilégiée, dans le cadre cette fois d'une lecture strictement juridique, quand un auteur n'admet au titre des sources du droit constitutionnel, que les seules règles de droit effectivement en vigueur. Au contraire, la défense d'une définition du droit selon laquelle les règles de droit constitutionnel constituent la traduction d'une certaine théorie politique, favorise l'application d'une méthode conceptuelle.

Finalement, à partir du moment où pour une part essentielle, du droit et de son évolution dépend la méthode pour rendre compte de ce même droit, le droit constitutionnel offre, dans ses différents états, un terrain d'analyse fécond pour étudier la doctrine et les principes depuis la naissance de la discipline. Aussi, en creux, cette étude doit permettre d'éclairer la naissance, l'évolution et la consolidation de la science du droit constitutionnel.

Par conséquent, avec pour fil conducteur le travail de saisissement du droit par la doctrine[51], le rayonnement du thème de l'empirisme et du conceptualisme en droit constitutionnel est sensiblement élargi par rapport à son application en droit administratif.

---

[50] En supposant qu'elle est confrontée au même objet et aux mêmes sources du droit au sein d'un régime, la doctrine constitutionnaliste est composée d'auteurs qui défendent très souvent, une théorie du droit propre et susceptible d'influencer son travail d'analyse. Pour ne prendre qu'un exemple d'opposition relativement classique, il ne fait aucun doute que l'analyse de la IIIe République par Léon Duguit et Raymond Carré de Malberg sera sensiblement différente compte tenu de la théorie du droit qu'ils revendiquent respectivement. Précisément alors que le premier identifie au fondement de la règle de droit, une règle objective traduisant le sentiment de solidarité nationale, le second, conformément à une lecture strictement positiviste, considère que seules les règles juridiques édictée par les autorités habilitées à produire le droit, font parties du droit. Voir not., L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 3e éd., Paris, E.de Boccard, 5 t. ; R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat, spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français* (1920), Paris, Dalloz, 2003, 638 p. ; R. Carré de Malberg, « Réflexions très simples sur l'objet de la science du droit », *Recueil d'études sur les sources du droit, en l'honneur de François Gény*, vol. 1, Paris, Sirey, 1934, p. 192.

[51] Sur la distinction entre le droit et la science du droit, voir par exemple, E. Millard, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 2006, p. 19 et suiv. ; M. Troper, *La philosophie du droit*, 2e éd., Paris, PUF, 2008, p. 26.

III/ Délimitation de l'objet

Le point de départ de la présente étude sur l'empirisme et le conceptualisme renvoie aux premiers manuels publiés en droit constitutionnel (B). Ainsi bornée, cette étude écarte entre autres, l'ensemble des auteurs qui précèdent la doctrine universitaire et qui sont rattachés à la philosophie politique (A).

A/ Au fondement du droit constitutionnel, comme discipline universitaire, se trouve une pensée à vocation universelle sur la meilleure société politique

Les réflexions théoriques sur les modalités d'organisation de la vie sociale et politique sont anciennes et ont largement précédé l'apparition du droit constitutionnel comme discipline universitaire. En effet, la pensée philosophique a livré l'ensemble des clefs théoriques permettant de rendre compte de la formation et du fonctionnement du pouvoir au sein de la société. Sans rentrer dans le détail des nombreux apports de la philosophie politique, il convient simplement de rappeler qu'au fondement des organisations constitutionnelles nationales modernes, on trouve de nombreuses contributions sur l'essence même des régimes politiques. L'utilité de ces différentes théories est d'autant plus décisive qu'elles s'efforcent le plus souvent, de prendre en compte la réalité historique et factuelle de la société politique de leur temps.

Pour ne prendre que quelques exemples sur ce point, et sans prétendre à l'exhaustivité, dès la période de la Grèce antique on trouve des réflexions théoriques sur les régimes politiques comme des classifications des régimes, conformément à leurs caractéristiques propres. Restée célèbre, la classification des constitutions opérée par Platon dans son œuvre *La République*, permet de distinguer, en-dessous du régime idéal, le « *gouvernement royal* », avec à sa tête le « *philosophe-roi* », trois types de constitutions : la monarchie, l'aristocratie et la démocratie[52].

Plus tard, certains auteurs s'efforceront de saisir dans sa généralité, tel régime politique particulier et les conditions de son bon fonctionnement. Par exemple, Nicolas Machiavel, dans

[52] Voir sur ce point, M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, PUF, coll. Quadrige, 2006, p. 75 et suiv.
Cette classification des constitutions fondée sur le nombre des dirigeants est également reprise par Aristote. Voir sur ce point, O. Nay, *Histoire des idées politiques*, Paris, Dalloz, 2004, p. 47 et suiv.

son ouvrage *Le Prince*[53] paru en 1513, interroge les conditions qui permettent à la Monarchie, opposée à la République[54], de gouverner les hommes et de se maintenir durablement. Il s'agit de penser la réunion de l'ensemble du pouvoir autour d'une seule entité à la fin de la période féodale vers l'avènement de la monarchie. Dans le prolongement, Jean Bodin fait de la souveraineté une et indivisible, le critère essentiel de cette nouvelle forme d'organisation du pouvoir apparue à l'époque moderne, que l'on appelle l'Etat[55].

Enfin, à la fin du XVIIIe et au début du XIXe siècle, la philosophie des Lumières, accompagnée de la pensée libérale dans son prolongement, conceptualise les conditions du libéralisme politique, c'est-à-dire le régime qui permet la meilleure conciliation entre l'exercice du pouvoir et la préservation de la liberté. Ainsi, à travers notamment la pensée de Jean-Jacques Rousseau[56], de l'anglais John Locke[57], d'Emmanuel Sieyès[58], de Montesquieu[59] et par la suite de Benjamin Constant[60] ou d'Alexis de Tocqueville[61], l'ensemble des modalités d'organisation du pouvoir libéral - un pouvoir limité et où sont garantis les droits et libertés - sont posées et ce sont elles, que les constituants successifs s'efforceront de consacrer en France, mais également dans l'ensemble des Etats démocratiques occidentaux. Ces modalités renvoient successivement ou alternativement, à l'attribution du pouvoir souverain entre les mains du peuple et corrélativement la compétence pour se doter d'une constitution, du système de la représentation politique des citoyens par des représentants élus ou désignés ou encore de la nécessaire séparation entre les différents pouvoirs dans l'Etat.

Par conséquent, on trouve très tôt de nombreuses réflexions théoriques sur l'organisation du pouvoir politique et ces réflexions à vocation universelle, auront une influence importante sur la doctrine constitutionnaliste en général et plus particulièrement, sur les premiers ouvrages

---

[53] N. Machiavel, *Le Prince* (1513), Paris, Flammarion, 1992, 220 p.
[54] *Ibid*., p. 69-70 : « *Tous les Etats, toutes les puissances qui ont eu et ont autorité sur les hommes, ont été et sont ou républiques ou monarchies.* (…) *Je me dispenserai de traiter des républiques, car j'en ai d'ailleurs traité longuement. Je m'occuperai seulement de la monarchie, et je reprendrai les canevas qui procèdent et examinerai comment les monarchies se peuvent gouverner et conserver* ».
[55] Voir J. Bodin, *Les six livres de la République* (1576), impr. de Jean de Tournes, Lyon, 1579, 759 p. Cette version est disponible sur le site internet « *Gallica* » à l'adresse suivante : http://gallica.bnf.fr.
[56] J-J. Rousseau, *Du contrat social* (1758), Paris, Flammarion, 1992, 187 p.
[57] J. Locke, *Traité du gouvernement civil* (1690), Paris, Garnier-Flammarion, 1984, 403 p.
[58] E. Sieyès, *Qu'est-ce-que le Tiers-Etat ?*, (1822), Paris, Flammarion, 2002, 188 p.
[59] Montesquieu, *De l'esprit des lois* (1748), Garnier-Flammarion, 1999, 638 p.
[60] B. Constant, *Principes de politique applicables à tous les gouvernements* (1806-1810), Hachette Littératures, 1997, 447 p.
[61] A. de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique* (1835-1840), 2 vol., Paris, Gallimard, 1961.

juridiques en droit public qui le plus souvent, transmettent un savoir tout entier fondé sur le droit naturel et les théories philosophiques.

Pour ne prendre qu'un exemple significatif, lorsque Louis-Antoine Macarel publie en 1833 un cours intitulé *Eléments de droit politique*[62], il s'interroge sur la meilleure façon d'organiser son enseignement. Devant l'absence de littérature, constate l'auteur, ce sont les ouvrages de philosophie politique et notamment les théories philosophiques du contrat social sur la formation de la société civile[63], qui lui permettent de dégager les notions essentielles du droit politique, notions applicables à tout gouvernement[64] en Europe[65].

Par la suite, l'ensemble des manuels de droit constitutionnel trouve dans les doctrines philosophiques du XVIIIe siècle, la plupart des instruments à même de rendre compte des mécanismes constitutionnels au fondement du droit positif en vigueur. L'exemple de l'analyse de la séparation des pouvoirs, consacrée par la plupart des constitutions qu'a connues la France, en référence à l'œuvre majeure de Montesquieu, *De l'esprit des lois*[66], suffit pour attester cet aspect essentiel[67].

Pour en revenir à l'objet de la présente étude, c'est donc de façon incidente au travers des manuels universitaires, que la pensée philosophique est simplement prise en compte.

---

[62] Voir L-A. Macarel, *Eléments de droit politique*, Paris, Nève, Libraire de la Cour de Cassation, 1833, 516 p.

[63] « *Si quelques hommes de talent ou de génie* », note Macarel, « *ont posé les bases de la constitution des sociétés civiles ou politiques, et tracé les conditions de leur existence, personne n'avait songé jusqu'ici à rédiger les éléments de cette science, sans doute parce qu'on la considérait comme une sorte d'arcane pour les hommes d'état, et non comme une science destinée à devenir vulgaire* ». *Ibid.*, p. X.

[64] *Ibid.* : « *Les gens instruits goûteront peut- être quelque plaisir à reconnaître ainsi, chemin faisant, et sans autre assistance que celle de leur mémoire, les idées et jusqu'au style des auteurs dont ils se sont nourris ; pour ceux qui n'ont point cette instruction, il doit leur importer peu que tel ou tel ait ainsi parlé ou écrit ; il leur suffit d'avoir un ensemble de principes aussi certains que le permet la matière, un tout conséquent dans ses déductions* ».

[65] Sur ce point, Macarel prend soin de préciser au terme de sa préface, qu'il a voulu faire connaître « *les principes qui régissent les gouvernements constitutionnels en Europe* ». Il ajoute qu'il n'a pas « *prétendu leur offrir un système de règles également et immédiatement applicables au gouvernement de tous les pays. Je sais, et j'ai eu grand soin d'instaurer sur ce point dans le cours de mon enseignement, que les institutions politiques ont besoin, pour prospérer, d'être appropriées aux mœurs et aux lumières de la nation à laquelle on les destine* ». *Ibid.*, Préface, p. XIV.

[66] Montesquieu, *De l'esprit des lois* (1748), Garnier-Flammarion, 1999, 638 p.

[67] Pour des exemples récents, voir not., P. Pactet, F. Mélin-Soucramanien, *Droit constitutionnel*, 27e éd., Paris, Sirey, 2008, p. 107 et suiv. ; L. Favoreu et *alii*, *Droit constitutionnel*, 12e éd., Paris, Dalloz, 2009, p. 386 et suiv. ; Ph. Ardant, B. Mathieu, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 22e éd., Paris, LGDJ, 2010, p. 49 et suiv.

B/ La « théorie générale » au sein des manuels : réceptacle des « principes généraux » du droit constitutionnel

Démarrer le raisonnement à partir des premiers manuels en droit constitutionnel procède de l'idée générale qu'un manuel constitue le réceptacle des grandes constructions théoriques élaborées par la doctrine. Précisément, un manuel permet d'accompagner les étudiants dans l'acquisition des connaissances à côté du cours magistral et il suppose de la part de son auteur, qu'il s'efforce de présenter de façon simple et vulgarisée les règles essentielles d'une discipline juridique[68]. En d'autres termes, l'enseignement conduit naturellement celui qui le dispense à effectuer un travail de synthèse général et abstrait[69] de l'ensemble de la législation particulière, en vue de la transmission aux non initiés.

Matériellement, c'est très souvent le cas en droit constitutionnel, ce travail d'appréhension générale du droit apparaît au sein de la partie dite générale des manuels. Conformément à la définition retenue par Charles Eisenmann sur ce point, une théorie générale[70] « ***s'élève au-dessus de chaque droit positif, non point parce qu'elle prétendrait s'élever au-dessus du droit positif, mais au contraire parce qu'elle vise à saisir et à comprendre tout le droit positif, et même tout droit positif***[71] ». Il précise sur le rôle de la théorie générale, qu'elles « *prennent figure d'introductions à l'étude des droits positifs, précisément parce qu'elles présentent sur un sujet une vue d'ensemble des problèmes qui se posent à tout législateur et des solutions entre lesquelles il peut choisir, - en un mot parce qu'elles dessinent les cadres où se situe et qui serviront à analyser n'importe quel droit positif*[72] ». Ainsi, la théorie générale du droit constitutionnel contiendrait l'ensemble des principes généraux qui

---

[68] Sur le rôle de l'enseignement pour la conceptualisation du droit, voir notamment T. Fortsakis, *Conceptualisme et empirisme en droit administratif français*, th., LGDJ, 1987, 542 p ; Ph. Jestaz, Ch. Jamin, *La doctrine*, Paris, Dalloz, 2004, 314 p ; J. Rivero, « Réflexions sur l'enseignement du droit », *Mélanges Trotabas*, Paris, LGDJ, 1970, p.447.

[69] Voir sur ce point, P. Morvan, entrée « *principe* », in D. Alland, S. Rials (Dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 1202 : « *les principes, c'est ce que les débutants ont à apprendre ; c'est aussi ce que plus tard on a sans cesse besoin de se rappeler* (…) *D'innombrables ouvrages sont intitulés avec des « principes » sans intention de livrer une démonstration scientifique. L'effort de logique et l'esprit de système sont au service d'un projet d'enseignement du droit* ».

[70] Sur la définition de la « *théorie générale* », voir par ailleurs, E. Savaux, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, th., Paris, LGDJ, 1997, 382 p. : « *celle- ci varie d'un auteur à l'autre en fonction de l'objet assigné par chacun à la discipline. Elle apparaît cependant dans tous les cas comme une activité purement doctrinale, un effort de pénétration de l'essence du phénomène juridique, indépendamment des particularités liées aux diverses branches du droit ou aux différents systèmes juridiques. Une théorie générale apparaît comme une recherche d'essence sous l'accident, d'unité sous la diversité des règles. Il s'agit d'établir une cohérence, des régularités que la simple réalité brute ne livre pas. Elle est dans la pensée relative au droit, non dans le droit* ».

[71] Voir Ch. Eisenmann, *Centralisation et décentralisation, esquisse d'une théorie générale*, Paris, LGDJ, 1948, avant- propos, p. 5.

[72] *Ibid.*, p. 6.

permettent, conformément à une opération de déduction, d'expliquer l'ensemble des constitutions particulières propres à chaque Etat[73].

L'analyse interroge alors les « *principes généraux* » contenus au sein des manuels en droit constitutionnel, mais s'intéresse également à l'ensemble des contributions doctrinales qui concerne ces mêmes principes ou qui est susceptible d'avoir une influence sur le travail de la doctrine, publié sous d'autres supports.
Ainsi, par doctrine il faut entendre, c'est l'un des sens retenu par le « *Vocabulaire juridique* » de l'association Henri Capitant, « *l'opinion communément professée par ceux qui enseignent le Droit (communis opinio doctorum), ou même ceux qui, sans enseigner, écrivent sur le droit* »[74].

Enfin et pour finir sur cet aspect, l'acception terminologique de « *principes généraux* » pour désigner les constructions doctrinales en droit constitutionnel, correspond à un choix délibéré et volontaire[75]. En effet, malgré l'extrême variété de l'emploi du terme « *principe*[76] », il s'agit

---

[73] Voir sur ce point, M. Troper, « La théorie dans l'enseignement du droit constitutionnel », *RDP* 1984, p. 263. Voir, spéc., p. 266 : « *La théorie du droit constitutionnel aurait donc pour première fonction d'opérer la systématisation et la généralisation des connaissances obtenues à partir de la description des systèmes positifs particuliers* (…) *Mais, on assigne à la théorie une seconde fonction : former les concepts fondamentaux par lesquels on pourra décrire un droit positif particulier* ».

[74] Voir Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, 6e éd., Paris, PUF, Quadrige, 2004, p. 318- 319.
Sur le terme « *doctrine* », voir Ph. Jestaz, Ch. Jamin, *La doctrine*, Paris, Dalloz, 2004, p. 1 ; N. Jacquinot, « La doctrine constitutionnaliste, quel rôle dans l'élaboration du droit ? », *in* M. Hecquart-Théron (Dir.), *Les Facultés de Droit inspiratrices du droit ?*, Toulouse, Presses de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 2005, p. 183 ; E. Millard, « Ce que doctrine veut dire », *in* Association française pour la recherche en droit administratif, *La doctrine en droit administratif*, Paris, Litec, 2010, p. 3.

[75] Les choix terminologiques s'agissant des termes généraux et abstraits construits par la doctrine sont variés et parfois difficiles à différencier. Pour les discussions sur la distinction entre « *concept* », « *notion* », « *catégorie* » ou « *principe* », voir not., J. Parain-Vial, « Note sur l'épistémologie des concepts juridiques », *APD*, 1959, t. IV, p. 131 à 135.

[76] S'agissant des dictionnaires juridiques, voir par exemple S. Guinchard, G. Montagnier (Dir.), *Lexique des termes juridiques*, 18e éd., Paris, Dalloz, 2011, p. 632 et suiv. Les auteurs évoquent respectivement, « *le principe de cohérence, le principe de concentration des moyens, de faveur, de précaution, de sécurité juridique, de subsidiarité, d'initiative, le principe dispositif, les principes (ou objectifs de valeur constitutionnelle), les principes directeurs du procès pénal, les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et les principes généraux du droit* ». Il s'agit d'une énumération des principes, choisis de façon assez arbitraire, que l'on trouve dans diverses branches du droit. Voir dans le même sens, R. Cabrilac (Dir), *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, 2e éd, Paris, Litec, 2004, p. 305. Sont définis, « *le principe du contradictoire, de l'égalité de l'impôt, le principe fondamental reconnu par les lois de la République, d'inaliénabilité, d'indisponibilité (du Royaume ou de la couronne), de la liberté du commerce et de l'industrie, de masculinité, de non- discrimination, de précaution et les principes généraux du droit* ».
Voir par ailleurs, F. Moderne, « Légitimité des principes généraux et théorie du droit », *RFDA*, 1999, p. 722 : « *La pluralité des principes généraux du droit dans les ordres juridiques nationaux témoigne à la fois de la vitalité du concept et de la difficulté d'une taxinomie appropriée. Plus qu'un corps de principes généraux, dont l'architecture centrale se retrouverait, avec des variantes, dans chacun des systèmes, c'est une nébuleuse, où brillent plus intensément quelques astres, qu'évoque la panoplie contemporaine de ces principes*. » ; S. Caudal, *Rapport introductif*, *in* S. Caudal (Dir.), *Les principes en droit*, Paris, Economica, 2008, p. 1 et suiv. Voir spéc.,

d'un instrument doté d'un haut degré de généralité[77] et qui sert de fondement à des applications particulières[78]. En droit, les principes représentent des « ***règles, noms ou constructions qui servent de base au droit, comme source de sa création, application ou interprétation***[79] ».

Ainsi, à partir du moment où le travail de la doctrine constitutionnaliste a longtemps visé la recherche des règles générales au fondement des dispositions constitutionnelles particulières, c'est bien la terminologie de « *principes* » qui convient. A cet égard d'ailleurs, c'est le terme de « *principe* » qui est majoritairement retenu au sein des manuels. Pour ne prendre que quelques exemples représentatifs et étalés dans le temps, l'ancien conseiller d'Etat Bouchené-Lefer publie un manuel intitulé *Principes et notions élémentaires du droit public-administratif*[80] en 1862 et Joseph Tissot en 1872, a pour ambition dans son ouvrage *Principes du droit public*[81], de présenter « *des principes qui doivent présider à la constitution d'un pays tel que la France*[82] ». De la même façon, à la fin du XIXe siècle, Adhémar Esmein, dans son manuel *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*[83], s'intéresse à « *la liberté*

---

p. 3 : « *La recherche d'une définition essentialiste des principes s'avère extrêmement délicate, aussi bien du point de vue des éléments de la définition que de ses contours*. » ; C. Flaesch- Mougin, « Typologie des principes de l'Union européenne », in *Le droit de l'Union européenne en principes : liber amicorum en l'honneur de Jean Raux*, Rennes, Apogée, 2006, p. 101 : « *le terme principe, s'il figure incontestablement parmi les plus employées par les juristes, fait aussi partie des plus difficiles à définir et s'avère donc, compte tenu des ses acceptions diverses, rétif au classement* ».

[77] Voir G.Ripert, *Les forces créatrices du droit*, 2e éd., Paris, LGDJ, 1955, p. 329 : « *La nature du principe tient d'après certains auteurs à son caractère de généralité. Le principe domine les règles particulières qui viennent se ranger sous son application* ».

[78] Voir A. Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, PUF, Quadrige, p. 827. Des différentes définitions que l'on trouve à l'entrée principe, celui-ci est synonyme de « *commencement, point de départ* ». Est un principe, « *ce qui rend compte d'une chose, ce qui en contient ou ce qui en fait comprendre les propriétés essentielles* ».
A l'origine, « *le principe est celui qui prend la première place, la première part, le premier rang… Il est le Prince, le chef, la tête, le soldat de première ligne… Le principe est un commencement*. » Voir P. Morvan, entrée « *principe* », *in* D. Alland, S. Rials, (Dir.) *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 1201.
Voir également, s'agissant de sa définition juridique générale, J-M. Pontier, « Considérations générales sur les principes en droit », *in* J-M. Pontier (Dir.), *Les principes et le droit*, Aix Marseille, PAUM, 2007, p. 12 : « *Le principe, c'est ce qui engendre, c'est ce qui fonde, ce qui forme, également, et ce processus peut être pratiquement sans fin, car un principe peut se déduire, d'un autre principe, engendrer lui- même d'autres principes* ».
Voir encore, S. Caudal, « Rapport introductif », *in* S. Caudal (Dir.), *Les principes en droit*, Paris, Economica, 2008, p. 1 : « *Ces principes sont, pour beaucoup d'entres eux, à la base de notre droit* ».

[79] J. Wroblewski, « Principes du droit », in A-J. Arnaud (Dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 1993, p. 474.

[80] A. G. D. Bouchené-Lefer, *Principes et notions élémentaires (pratiques, didactiques et historiques) du droit public- administratif ou précis de l'organisation politique et administrative de la France de 1789 à ce jour*, Paris, Cosse et Marchal, 1862, 704 p.

[81] Voir J. Tissot, *Principes du droit public*, 2 t., Paris, Marescq Aimé, 1872.

[82] *Ibid.*, t. 1, Préface, p. VI.

[83] Voir A. Esmein, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, 2 t., 8e éd., Paris, Sirey, 1927.

moderne : principes et institutions[84]» et en 1943, Julien Laferrière considère que « *l'exposé des institutions politiques actuelles de la France suppose nécessairement la connaissance des « Principes » et des « Théories générales » qui forment l'armature du tout système d'institutions*[85] ». Enfin, on trouve dans les manuels contemporains le « *principe de séparation des pouvoirs*[86] », « *le principe de souveraineté nationale*[87] », celui de « *principe démocratique*[88] » ou encore le « *principe d'indivisibilité de la République*[89] ».

Enfin, c'est toujours le terme de « *principe* » qui apparaît très souvent dans le droit positif[90]. Au niveau de généralité le plus élevé par exemple, le Préambule de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 prévoit que le texte est élaboré sur « *des principes stables et incontestables*[91] » et la Constitution du 14 janvier 1852, dans son article 1er, que « ***La Constitution reconnaît, confirme et garantit les grands principes proclamés en 1789 et qui sont à la base du droit public des français***[92]». A un degré moindre, le Préambule de la Constitution de 1946 consacre la catégorie des « *principes fondamentaux reconnus par les*

---

[84] *Ibid.*
[85] Voir J. Laferrière, *Manuel de droit constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 1943, p. 3.
[86] Voir par exemple, B. Chantebout, *Droit constitutionnel*, 27e éd., Paris, Sirey, 2010, p. 91.
[87] Voir V. Constantinesco, S. Pierré-Caps, *Droit constitutionnel*, 4e éd., Paris, PUF, 2009, p. 532.
[88] Par exemple, B. Mathieu, M. Verpeaux, *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 2004, p. 315.
[89] Par exemple, V. Constantinesco, S. Pierré-Caps, *Droit constitutionnel*, *op. cit*, p. 528.
[90] Les tentatives de définitions générales distinguent le plus souvent les principes en droit, selon qu'ils sont rattachés au droit positif ou au langage doctrinal.
Voir A. Jeammaud, « de la polysémie du terme « principe » dans les langages du droit et des juristes », *in* S. Caudal (Dir.), *Les principes en droit*, Paris, Economica, 2008, p. 51. A propos des principes, celui-ci distingue « *le langage du droit* » et « *le langage des juristes* ». Le premier « *est celui dans lequel sont énoncés les règles de droit, de sorte qu'il s'agirait d'une variété du langage normatif. Nous dirons qu'il s'agit, plus exactement, du langage dans lequel sont réalisés les actes de langage produisant des énoncés qui ont vocation à recevoir signification normative ; c'est- à- dire produisant ou modifiant les dispositions qui composent le discours législatif* ». Quant au langage des juristes, il « *a statut de métalangage par rapport à ce langage du droit : il est celui dans lequel on parle du droit, donc notamment des énoncés du discours législatif, qu'il s'agisse de les décrire, les interpréter, en ordonner ou commenter la teneur, les mettre dans un raisonnement (raisonnement décisionnel ou juridictionnel), en discuter les mérites du point de vue des conceptions de la justice ou de l'efficacité, en proposer l'abrogation ou le remplacement, etc* ».
Voir également, J-M. Pontier, « Considérations générales sur les principes en droit », in J-M. Pontier (Dir.), *Les principes et le droit*, Aix Marseille, PAUM, 2007, p. 11 et suiv. Le Professeur Pontier parle d'un rapport d'opposition : « *on oppose aussi quelques les principes aux réalités, comme si les principes relevaient seulement du monde des idées et ne pouvaient qu'être en contradiction avec ces réalités*. » Il ajoute « *Les principes peuvent paraître s'opposer aux lois en ce sens que, d'une certaine manière, les sont du côté de la science, tandis que les principes sont du côté de la »philosophie » de la politique, de la morale* ».
[91] Voir le texte de la Déclaration, disponible sur le site internet du Conseil constitutionnel à l'adresse suivante : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-du-4-octobre-1958/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789.5076.html
[92] Voir le texte de la Constitution du 14 janvier 1852, http://www.conseil-constitutionnel.fr/

lois de la République[93] » et le Préambule de 1958 contient les principes de « *souveraineté nationale*[94] » ou de « *libre détermination des peuples*[95] ».

Quant aux décisions du Conseil constitutionnel, elles évoquent également l'existence de « *principe* ». Il peut s'agir de vérifier que le législateur dans l'exercice de ses compétences n'a méconnu aucun « *principe ou valeur constitutionnelle*[96] » ou que la loi respecte le « *principe de séparation des pouvoirs*[97] », le « *principe d'égalité*[98] » ou celui de « *sauvegarde de la dignité de la personne humaine*[99] ».

IV/ Intérêt de l'objet

Ce sont principalement deux grands groupes de motifs qui permettent de justifier l'intérêt d'une recherche relative à la part d'empirisme et de conceptualisme en droit constitutionnel, groupes qui concernent d'un côté la partie scientifique de la discipline et de l'autre, sa réalité positive.

Tout d'abord, s'agissant de l'état de la littérature et des travaux doctrinaux, il n'existe pas véritablement pour l'heure, d'analyse d'ensemble sur l'histoire de la doctrine constitutionnaliste (A). D'ailleurs, si l'on constate un regain d'intérêt pour la « *pensée politique* » des grands maîtres de la discipline, il résulte pour une part, de la volonté délibérée d'apporter un « *contrepoids intellectuel* » à la tendance de la discipline à verser dans une analyse contentieuse du droit constitutionnel[100]. Ainsi, à la sectorisation du droit constitutionnel en deux objets - le droit politique et le droit jurisprudentiel[101] - l'étude des

---

[93] Voir le texte de la Constitution du 26 octobre 1946, http://www.conseil-constitutionnel.fr/
[94] Voir le texte de la Constitution du 4 octobre 1958, http://www.conseil-constitutionnel.fr/
[95] *Ibid.*
[96] Voir par exemple, C. Constit., n° 89-260 DC du 28 juillet 1989, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier*, Rec., p. 71.
[97] *Ibid.*
[98] Par exemple, C. Constit., n° 81-129 DC du 31 octobre 1981, *Loi portant dérogation au monopole d'Etat de la radiodiffusion*, Rec., p. 35.
[99] Par exemple, C. Constit., n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994, *Loi relative au respect du corps humain*, Rec., p. 100.
[100] Voir, J-M. Denquin, « Repenser le droit constitutionnel », *Droits*, 2000, n° 32, p. 3. Le défi lancé à cette occasion, est celui d'une tentative de conciliation entre la tournure jurisprudentielle du droit constitutionnel et sa lecture institutionnelle. Il s'agit de penser la discipline comme une science positiviste sans oublier « *ce qui faisait son intérêt intellectuel, c'est-à-dire son triple enracinement dans la philosophie, l'histoire et le droit comparé* ».
[101] Voir de façon significative, les propos du Professeur Olivier Beaud à l'occasion de la réédition des textes de René Capitant : « *la lecteur aura compris que cette réédition des textes « d'entre-deux-guerres » de René Capitant n'a pas qu'un intérêt historique. Elle vise à montrer qu'il existe une autre manière de faire du droit*

principes généraux du droit constitutionnel tend à gommer au moins partiellement cette césure, pour envisager la discipline dans sa complétude (B).

Ensuite, et il s'agit du second groupe, l'évolution des règles de droit constitutionnel va dans le sens d'une complexification et d'une lisibilité de plus en plus délicates. Précisément, une lecture exégétique de la Constitution ne permet plus véritablement de connaître avec précision, quel est le droit positif applicable aux pouvoirs publics et quelle est l'étendue des droits et libertés garantis aux citoyens. L'œuvre de clarification et de synthèse doctrinale constitue alors une nécessité contemporaine, afin de compenser l'instabilité du droit positif en vigueur (C).

A/ Permettre une lecture globale de la doctrine constitutionnaliste française et une histoire de la science du droit constitutionnel

En introduction d'un ouvrage récent intitulé *Le renouveau de la doctrine française*[102], les Professeurs Hakim et Melleray montre que « *l'histoire de la pensée juridique bénéficie depuis les années 1980 d'un regain d'intérêt dans les Facultés de droit*[103] ». Effectivement, on constate que la doctrine contemporaine interroge de nouveau et plus systématiquement la pensée de ses pairs. S'il apparaît matériellement délicat de dresser un état exhaustif des travaux qui font de la doctrine juridique un objet d'analyse, quelques initiatives permettent d'illustrer cette tendance en droit constitutionnel.

D'abord, la réédition des principaux ouvrages classiques symbolise la volonté de diffusion et de redécouverte des grands maîtres du droit public[104]. Sur ce point, l'ensemble des grands ouvrages classiques sont aujourd'hui réédités[105]. Dans le même sens, toujours à l'initiative de

---

constitutionnel que celle qui « se complaît dans l'analyse des décisions du Conseil constitutionnel ». Voir O. Beaud, « Préface », *in* R. Capitant, *Ecrits d'entre-deux-guerres : 1928-1940*, Paris, Ed. Panthéon-Assas, 2004, p. 53.

[102] N. Hakim, F. Melleray, *Le renouveau de la doctrine française. Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XXe siècle*, Paris, Dalloz, 2009, 330 p.

[103] *Ibid.*, p. 1.

[104] Voir sur ce point, M. Hauriou, *Principes du droit public* (1910), Paris, Dalloz, 2010, Préface O. Beaud, p. 1 : « *Une telle réédition s'impose d'abord pour une considération matérielle et triviale : cet ouvrage est quasiment introuvable car il a souvent disparu des bibliothèques publiques, et il est rarement disponible dans les librairies vendant les livres épuisés* ».

[105] A. Esmein, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé* (1896), Paris, Editions Panthéon-Assas, 2001, 1246 p. ; G. Vedel, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel* (1949), Paris, Dalloz, 2002, 616 p. ; J.

la doctrine contemporaine, des ouvrages récents publient des conférences[106] jusqu'alors inédites en France, ou permettent d'accéder à une compilation des articles essentiels d'un grand auteur[107].

Parallèlement, un certain nombre d'ouvrages[108], d'articles[109], de colloques[110] ainsi que des thèses de doctorat[111], interroge de nouveau la pensée dans le fond des juristes constitutionnalistes du début du XXe siècle[112].

Barthélemy, P. Duez, *Traité de droit constitutionnel* (1926), Paris, Ed. Panthéon-Assas, 2004, 955 p. ; L. Duguit, *L'Etat : le droit objectif et la loi positive* (1901), Paris, Dalloz, 2003, 623 p. ; R. Carré de Malberg, *Contribution à une théorie générale de l'Etat, spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français* (1920), Paris, Dalloz, 2003, 638 p. ; L. Duguit, *L'Etat, les gouvernants et les agents*, (1903), Paris, Dalloz, 2005, 774 p. ; J. Barthélemy, *Précis de droit public* (1937), Paris, Dalloz, 2006, 327 p. ; R. Carré de Malberg, *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degré* (1920-1922), Paris, Dalloz, 2007, 174 p. ; L. Duguit, *Manuel de droit constitutionnel* (1923), Paris, LGDJ, 2007, 605 p. ; M. Hauriou, *Principes du droit public* (1910), Paris, Dalloz, 2010, 734 p.

[106] Voir par exemple, L. Duguit, *Les transformations du droit public : faites à la Faculté de droit de l'université égyptienne pendant les mois de janvier, février et mars 1926*, Paris, La mémoire du droit, 2000, 340 p. ; L. Duguit, *Souveraineté et liberté : leçons faites à l'Université de Columbia (New York) 1920-1921*, Paris, La mémoire du droit, 2002, 208 p. ; L. Duguit, *Le pragmatisme juridique : conférences prononcées à Madrid, Lisbonne et Coïmbre 1923*, Paris, La Mémoire du Droit, 2008, 252 p.

[107] Voir, par exemple, Ch. Eisenmann, *Ecrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, Paris, Ed. Panthéon-Assas, 2002, 668 p ; R. Capitant, *Ecrits d'entre-deux-guerres (1928-1940)*, Paris, Panthéon-Assas, 2004, 580 p ; J. Barthélémy, *Précis de droit public* (1937), Paris, Dalloz, 2006, 327 p. ; P. Avril, *Ecrits de théorie constitutionnelle et de droit politique*, Paris, Ed Panthéon-Assas, 2010, 319 p. ; G. Burdeau, *Ecrits de droit constitutionnel et de science politique*, Paris, Ed Panthéon-Assas, 2011, 674 p.

[108] Voir G. Bacot, *Carré de Malberg et l'origine de la distinction entre souveraineté du peuple et souveraineté nationale*, Paris, Editions du centre national de la recherche scientifique, 1985, 200 p. ; E. Maulin, *La théorie de l'Etat de Carré de Malberg,* Paris, PUF, 2003, 344 p. ; D. Mineur, *Carré de Malberg, le positivisme impossible*, Paris, Michalon, 2010, 113 p.

[109] Voir not., et sans prétendre à l'exhaustivité, P. Brunet, « Entre représentation et nation : le concept d'organe chez Carré de Malberg », *in* O. Beaud, P. Wachsmann (Dir.), *La science juridique Française et la Science juridique Allemande de 1870 à 1918*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 1997, p. 273 ; O. Pfersmann, « Carré de Malberg et la hiérarchie des normes », *Ibid.*, p. 295 ; O. Beaud, « Joseph Barthélemy ou la fin de la doctrine classique », Droits, 2000, n° 32, p. 89 ; O. Beaud, « Découvrir un grand juriste : le « premier » René Capitant », *Droits*, 2002, n° 35, p. 163 ; O. Beaud, « La crise de la IIIe République sous le regard du jeune René Capitant », *in* C-M. Herrera (Dir.), *Les juristes face au politique. La droite, la gauche, la doctrine sous la IIIe République*, T. 1, Paris, Kimé, 2003, p. 147 ; S. Pinon, « Les idées constitutionnelles de Boris Mirkine-Guetzevitch », *in* C-M. Herrera (Dir.), *Les juristes face au politique. La droite, la gauche, la doctrine sous la IIIe République*, T. 1, Paris, Kimé, 2003, p. 61 ; P. Esplugas, « Les professeurs de droit au Conseil constitutionnel, l'exemple de Georges Vedel », *in* M. Hecquard-Théron (Dir.), *Les facultés de droit, inspiratrice de* droit, Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2005, p. 217 ; S. Pinon, « Boris Mirkine-Guetzévitch et la diffusion du droit constitutionnel », *Droits*, 2007, n° 46, p. 183 ; S. Pinon, « Adhémar Esmein et la doctrine constitutionnelle de son temps », *in* S. Pinon, P-H. Prélot, *Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein*, Paris, Montchrestien, 2009, p. 209 ; N. Foulquier, « Maurice Hauriou, constitutionnaliste 1856-1929 », *in* N. Hakim, F. Melleray, *Le renouveau de la doctrine française. Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XXe Siècle*, Paris, Dalloz, 2009, p. 281.

[110] Association Henri Capitant, *Les réactions de la doctrine à la création du droit par les juges*, Paris, Economica, 1980, 635 p ; Association Henri Capitant, *Apports de René Capitant à la science juridique : théorie générale du droit, droit administratif, droit constitutionnel et science politique, droit privé*, Paris, Litec, 1992 ; F. Melleray (Dir.), *Autour de Léon Duguit : colloque commémoratif du 150e anniversaire de la naissance du Doyen Léon Duguit*, Bruxelles, Bruylant, 2011, 386 p.

[111] Voir not., M-J. Redor, *De l'Etat légal à l'Etat de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française 1879-1914*, Paris, Economica, 1992, 389 p ; S. Pinon, *Les réformistes constitutionnels des années*

Enfin, pour une dernière illustration, la création récente d'une revue électronique, *Jus Politicum*[113], s'est fixée pour objet « *le droit politique*[114] » et devrait donner lieu à des analyses plus systématiques sur la pensée en droit constitutionnel[115].

Dans le fond, la tendance observée est que la littérature fait très souvent le choix d'un auteur en particulier[116] ou de l'un des aspects de sa pensée[117] mais surtout, que l'analyse de la pensée juridique est le plus souvent orientée vers la doctrine de la IIIe République, abritant les grands maîtres du droit constitutionnel.

Par conséquent en droit constitutionnel, il n'existe pas véritablement à ce jour d'étude systématique d'ensemble[118], susceptible d'essayer d'embrasser l'ensemble de la doctrine constitutionnaliste française.

B/ Appréhender le droit constitutionnel comme une « discipline indivisible »

A l'occasion d'une journée d'étude consacrée au thème général « *Repenser le droit constitutionnel* », le Professeur Jean-Marie Denquin dresse le constat selon lequel « *le droit constitutionnel français a plus changé dans les vingt dernières années que dans les cent*

---

trente. Aux origines de la Ve République, Paris, LGDJ, 2003, 632 p ; F. Saulnier, *Joseph- Barthélémy 1874-1945. La crise du constitutionnalisme libéral sous la IIIe République*, Paris, LGDJ, 2004, 690 p.

[112] De façon incidente, certains ouvrages interrogent la doctrine en général et s'intéressent alors à la doctrine publiciste. Voir Ph. Jestaz, C. Jamin, *La doctrine*, Paris, Dalloz, 2004, 314 p ; N. Hakim, F. Melleray, *Le renouveau de la doctrine française. Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XXe Siècle*, Paris, Dalloz, 2009, 330 p. S'agissant du choix des auteurs publicistes retenus dans ce dernier ouvrage, les auteurs considèrent qu'ils apparaissent, s'agissant du droit public général, comme « *les représentants les plus notables de la génération la plus emblématique du droit public, la fameuse génération 1882* ». *Ibid.*, p. 9.
Voir, également, O. Beaud, P. Wachsmann (Dir.), *La science juridique Française et la Science juridique Allemande de 1870 à 1918*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 1997, 345 p.

[113] http://www.juspoliticum.com/

[114] http://www.juspoliticum.com/Qui-sommes-nous.html

[115] Voir par exemple, N. Foulquier, « Maurice Hauriou, constitutionnaliste (1856-1929) », *Jus Politicum*, n° 2, http://www.juspoliticum.com/Maurice-Hauriou.html

[116] Même si certaines initiatives centrées sur « *la doctrine* » en tant que corps, traitent de générations de juristes. Voir not., Ph. Jestaz, C. Jamin, *La doctrine*, Paris, Dalloz, 2004, *op. cit.* ; M. Hecquard-Théron (Dir.), *Les Facultés de Droit inspiratrices du droit ?*, *op. cit.*

[117] Bien entendu, il ne s'agit pas de prétendre que l'ensemble des études sont cloisonnées et, le plus souvent, la pensée d'un auteur est rattachée à l'état de la doctrine de son temps. Voir sur ce point, O. Beaud, « Joseph Barthélémy ou la fin de la doctrine classique », *Droits*, 2000, n° 32, p. 89 ; S. Pinon, « Adhémar Esmein et la doctrine constitutionnelle de son temps », *in* S. Pinon, P-H. Prélot, *Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein*, Paris, Montchrestien, 2009, p. 209 et suiv.

[118] Sur ce point, le manuel « *Droit constitutionnel* » dirigé par Louis Favoreu contient des développements sur l'histoire de l'enseignement et l'évolution du droit constitutionnel. Voir L. Favoreu et *alii*, *Droit constitutionnel*, 13e éd., Paris, Dalloz, 2010, 1070 p.; voir, également, L. Favoreu, « L'enseignement du droit constitutionnel en France », *in* J-F. Flauss (Dir.), *L'enseignement du droit constitutionnel*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 47.

cinquante années antérieures[119] ». Précisément, la création et l'évolution du rôle du Conseil constitutionnel à partir des années 1970[120] a provoqué une évolution sensible en droit constitutionnel[121]. Impliquant un déplacement d'objet[122] largement saisi par la doctrine, la littérature contemporaine verse assez largement aujourd'hui, dans l'analyse contentieuse et le commentaire des décisions du Conseil constitutionnel et a tendance à délaisser les aspects institutionnels de la discipline[123].

Etiré entre deux objets distincts, le droit constitutionnel contemporain suggère deux branches aux caractéristiques différentes et qui supposent un parti pris analytique[124] : soit l'étude de la jurisprudence constitutionnelle, soit celle du droit institutionnel. D'ailleurs, pour illustrer cet aspect, ce sont deux définitions de la Constitution qui sont aujourd'hui proposées dans la doctrine. D'un côté, on trouve la « *Constitution-statut de l'Etat* » et de l'autre, la

---

[119] J-M. Denquin, « Approches philosophiques du droit constitutionnel », *Droits*, 2000, n°32, p. 33.

[120] Voir L. Favoreu, « L'apport du Conseil constitutionnel au droit public », *Pouvoirs*, 1986, n° 13, p. 17 : « *Au cours des dix dernières années, le droit public français a entrepris une mutation si importante que l'on pourra bientôt parler de « révolution »* ».

Voir par ailleurs, D. Rousseau, « Les transformations du droit constitutionnel sous la Ve République », *RDP*, 1998, p. 1780 : « *Paradoxe : alors que la Ve République est née sans considération ni respect particuliers pour le droit constitutionnel, cette discipline s'est, sous son règne, développée, transformée et démultipliée comme jamais auparavant* ».

[121] Voir, not., B. Cubertafond, *Le nouveau droit constitutionnel*, Paris, L'Harmattan, 2008, Avant-propos, p. 5.

[122] Pour des exemples récents, voir D. Maus, « Où en est le droit constitutionnel ? », *Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Paris, Dalloz, 2004, p. 691 ; M. Verpeaux, « Question préjudicielle et renouveau constitutionnel », *AJDA*, 2008, p. 1879 ; F. Delpérée, « Le renouveau du droit constitutionnel », *RFDC*, 2008, p. 227.

[123] Cet aspect est encore accentué depuis l'introduction de la procédure de question prioritaire de constitutionnalité. Parmi l'importante littérature sur la question prioritaire, voir entre autres, B. de Lamy, « Brèves observations sur la question préjudicielle de constitutionnalité en attendant la loi organique », *D*, 2009, p. 177 ; P. Mbongo, « Droit au juge et prééminence du droit. Bréviaire processualiste de l'exception d'inconstitutionnalité », *D*. 2008, p. 2089 ; M. Verpeaux, « La question préjudicielle de constitutionnalité et le projet de loi organique », *AJDA*, 2009, p. 1474 ; P. Bon, « Premières questions, premières précisions », *RFDA*, 2010, p. 679 ; H. Labayle, « Question prioritaire de constitutionnalité et question préjudicielle : ordonner le dialogue des juges ? », *RFDA*, 2010, p. 659 ; M. Guillaume, « La question prioritaire de constitutionnalité », *in Justice et cassation, revue annuelle des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation*, 2010 ; X. Philippe, « La question prioritaire de constitutionnalité : à l'aube d'une nouvelle ère pour le contentieux constitutionnel français… Réflexions après l'adoption de la loi organique », *RFDC*, 2010, n° 83, p. 273 ; F. Rolin, « Pour un « discours sur la méthode » du contrôle de constitutionnalité par voie d'exception », *AJDA*, 2010, p. 2384 ; « La question prioritaire de constitutionnalité. Premier bilan et perspective », *Actes du premier colloque de la semaine juridique, JCP*, 29 novembre 2010, 78 p. ; D. Rousseau, « La question prioritaire de constitutionnalité. Premier bilan et prospective », *JCP*, 29 septembre 2010, n° 48, p. 16 ; B. Mathieu, « Neuf mois de jurisprudence relative à la QPC. Un bilan », *Pouvoirs*, 2011, n° 137, p. 57 ; J.- C. Colliard, « Un nouveau Conseil constitutionnel », *Pouvoirs*, 2011, n° 137, p. 155 ; W. Sabète, « De l'insuffisante argumentation des décisions du Conseil constitutionnel », *AJDA*, 2011, p. 885 ; C. Maugüe, J-H. Stahl, *La question prioritaire de constitutionnalité*, Paris, Dalloz, 2011, 279 p. ; D. Rousseau (Dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité*, Paris, Lextenso, 2010, 207 p.

[124] Voir, sur ce point, O. Beaud, *in* R. Capitant, *Ecrits d'entre-deux-guerres (1928-1940)*, Paris, Panthéon-Assas, 2004, p. 53 : « *le lecteur aura compris que cette réédition de textes « d'entre- deux- guerres » de René Capitant n'a pas qu'un intérêt historique. Elle vise à montrer qu'il existe une autre manière de faire du droit constitutionnel que celle qui « se complait dans l'analyse des décisions du Conseil constitutionnel* » ».

« *Constitution-droits et libertés des citoyens*[125] » ou selon une autre terminologie, la « *Constitution institutionnelle*[126] » et la « *Constitution normative*[127] ».

En interrogeant le processus d'élévation théorique en droit constitutionnel dans son ensemble, la présente étude s'efforce d'essayer de lire la discipline sous toutes ses facettes et au choix cornélien d'une analyse politique ou jurisprudentielle du droit constitutionnel, elle essaye de ne pas choisir ou plutôt, de tout choisir. Précisément, les principes généraux du droit constitutionnel constituent un fil d'Ariane à partir duquel on peut relier toutes les dimensions du droit constitutionnel.

C/ La lisibilité du droit en vigueur et la sécurité juridique : enjeux contemporains du droit constitutionnel

En préfaçant la thèse du Professeur Théodore Fortsakis, Jean Rivero justifie l'opportunité du sujet « *empirisme et conceptualisme*[128]» en droit administratif, parce qu'il s'agit d'une discipline jurisprudentielle. *A contrario* s'agissant d'un droit codifié, Jean Rivero considère que la question ne mérite pas d'être posée. Il précise en ce sens, que « *le législateur, par définition, ne peut que formuler des règles générales et les mots qu'il emploie, même s'ils désignent des objets ou des comportements concrets, sont obligés de les schématiser à partir des quelques traits qui leur sont communs, donc de s'élever à un certain niveau d'abstraction*[129] ».

Appliqué au droit constitutionnel, une constitution écrite contient le plus souvent en des termes généraux, l'ensemble des règles d'organisation et de fonctionnement des pouvoirs publics ainsi que les droits et libertés garantis aux citoyens. Plus précisément, il s'agit de prévoir l'origine du pouvoir, les modalités de son exercice, comme les rapports entre les différents pouvoirs ou les rapports entre le pouvoir et les citoyens[130].

---

[125] Voir D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, 7e éd., Paris, Montchrestien, 2006, p. 409.

[126] Voir O. Beaud, « Constitution et droit constitutionnel », *in* D. Alland, S. Rials (Dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 257.

[127] Voir not., E. Zoller, *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 1998, p. 9 et suiv. *;* O. Beaud, « Constitution et droit constitutionnel », *op. cit.*, p. 257.

[128] Th. Fortsakis, *Empirisme et conceptualisme en droit administratif*, Paris, LGDJ, 1987, 542 p.

[129] *Ibid*., préface, p. 13.

[130] Voir A. de Tocqueville, *l'Ancien régime et la Révolution*, Paris, Garnier-Flammarion, 1988, 388 p., Avant propos : « *Les français ont fait en 1789 le plus grand effort auquel se soit jamais livré aucun peuple, afin de couper pou ainsi dire leur destinée, et de séparer par un abîme ce qu'ils avaient été jusque là de ce qu'ils voulaient être désormais. Dans ce but, ils ont pris toutes sortes de précautions pour ne rien emporter du passé*

Tout se passe alors comme si à chaque nouvelle constitution, et ce depuis l'héritage de la Révolution et la Constitution de 1791, un texte unique, rigoureusement organisé, conçu en une seule fois et promulgué en un jour donné, permettait de prévoir toutes les règles de droit constitutionnel dans leur complétude et sans lacune[131]. Ainsi, conformément aux enseignements de la théorie du constitutionnalisme écrit apparue à la fin du XVIIIe siècle, une constitution écrite est censée présenter tous les attributs de stabilité et de prévisibilité à même de garantir les exigences liées à la sécurité juridique. A cet égard matériellement, le texte de la Constitution actuelle prévoit dans son Préambule, l'ensemble des droits et libertés des citoyens et au sein de titres successifs, l'ensemble des règles relatives à l'organisation et au fonctionnement des pouvoirs publics.

Pourtant, l'évolution des règles de droit constitutionnel illustre une complexité croissante de la Constitution et une évolution régulière du corpus des règles juridiques sous l'effet notamment, de la multiplication des révisions de la Constitution de 1958[132] et du développement de la jurisprudence du Conseil constitutionnel[133]. L'évolution du corpus des

---

dans leur condition nouvelle ; ils se sont imposés toutes sortes de contraintes pour se façonner autrement que leurs pères ; ils n'ont rien oublié enfin pour se rendre méconnaissables ».

[131] Par son existence même, la Constitution s'oppose donc à l'arbitraire en ce qu'elle définit un Etat de droit où n'est possible que ce qui est conforme aux règles qu'elle impose – une limitation réelle à l'exercice du pouvoir – et elle permet un contrôle social entre les mains des gouvernés capables de vérifier, si effectivement, les règles sont respectées.

[132] Dès 2002, M. Fraissex s'interroge sur les moyens de prévenir « *d'incessants « dérapages révisionnels »* ». voir P. Fraissex, « La Constitution du 4 octobre 1958 et ses révisions », *RDP*, 2002, p. 473 et suiv. Voir également, P. Pactet, « la désacralisation progressive de la Constitution de 1958 », *in La République, Mélanges Pierre Avril*, Paris, Montchrestien, 2001, p. 389 ; P. Pactet, « Complexité et contradictions de l'ordre constitutionnel positif sous la Ve République », *in Mélanges B. Jeanneau*, Paris, Dalloz, 2002, p. 425 ; D. G. Lavroff, « La crise de la constitution française », *in Mélanges en hommage à Francis Delpérée, itinéraire d'un constitutionnaliste*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 757.

Pour une analyse générale des révisions sous la Ve république, voir S. Pierré- Caps, « les révisions de la Constitution de la Cinquième république : temps, conflits et stratégies », *RDP*, 1998, p. 409 et suiv ; J. Waline, « Les révisions de la Constitution de 1958 », *in Droit et politique à la croisée des cultures, Mélanges Philippe Ardant*, Paris, LGDJ, 1999, p. 235 ; P. Fraissex, « La Constitution du 4 octobre 1958 et ses révisions », *op.cit.*, p. 458 et suiv ; O. Beaud, « Les mutations de la Ve République ou comment se modifie une constitution écrite », *Pouvoirs*, 2001, n° 99, p. 19 ; Voir enfin, F. Moderne (Dir.), *Réviser la Constitution. Analyse comparative d'un concept indéterminé*, Paris, Dalloz, 2006, 106 p.

[133] Notamment, la découverte progressive de principes qui renforcent la préservation des droits et libertés, fragilise par là même la stabilité des règles et la prévisibilité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. La marge de manœuvre dont dispose le juge pour interpréter la conformité d'une loi aux règles du bloc de constitutionnalité crée instabilité et fragilisation de la règle et donc crée de l'insécurité. Exerçant pleinement son rôle, le Conseil constitutionnel ne se contente pas de dire le droit tel qu'il résulte de la Constitution. Son travail d'interprétation des règles est important au point de constater un dédoublement de la notion de Constitution : la Constitution proprement dite et la lecture de la Constitution par le juge constitutionnel à l'occasion de son contrôle de conformité d'une loi à la Constitution. Dans le même sens, la reconnaissance de la valeur constitutionnelle du Préambule de la Constitution, provoque un enchevêtrement de règles d'inspiration et d'époques différentes, dont la lecture croisée apparaît peu aisée.

Voir par exemple sur ces différents aspects, R. Savy, « La constitution des juges », *D.* 1983, chron, p. 105, S. Rials, « Les incertitudes de la notion de Constitution sous la Ve République », *RDP*, 1984, p. 587 ; voir également D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, 8e éd., Paris, Montchrestien, 2008, 544 p. et notamment la quatrième partie intitulée « *Le droit constitutionnel à l'épreuve de la justice constitutionnelle, ou*

règles de nature constitutionnelle rompt alors avec son caractère *a priori* stable et prévisible et il tend au contraire, à compliquer et à obscurcir l'accès à la norme.

Pour toutes ces raisons, le travail de systématisation et de transmission de la connaissance en droit attribué traditionnellement à la doctrine, est d''autant plus nécessaire en droit constitutionnel à l'heure actuelle, afin de palier au moins partiellement, à la tendance à une complexification croissante du droit positif en vigueur.

V/ Méthode et problématique

Une première appréhension de l'histoire du droit constitutionnel permet d'attester que dès la naissance d'une science du droit constitutionnel à la fin du XIXe siècle, la doctrine, forte d'une méthode conceptuelle, a identifié, afin de rendre compte du droit positif, un certain nombre de principes généraux dont les fondements renvoient à la théorie politique héritée de la période révolutionnaire. Considérés comme autant de principes universels qui s'appliquent à toute organisation constitutionnelle quelle qu'elle soit, ces principes formeraient en France, un fond théorique commun qui serait traduit dans l'ensemble des constitutions nationales depuis 1791. L'évolution des méthodes doctrinales tout au long du XXe et au début du XXIe siècle, en lien avec l'évolution du droit lui-même, soumet ces principes à des démarches plus empiriques, toujours soucieuses de les rapprocher de la réalité du phénomène constitutionnel.

Dès lors, il apparaît intéressant d'interroger l'évolution des principes doctrinaux sous l'effet de ces approches empiriques et plus particulièrement à l'heure actuelle compte tenu de l'influence que peut avoir la jurisprudence du Conseil constitutionnel au sein de la discipline. Précisément, avec le développement subtantiel de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, la doctrine dispose d'une source empirique en constante évolution, qui permet d'adapter les principes généraux à la réalité constitutionnelle.

---

le nouveau droit constitutionnel » ; P. Avril, « La jurisprudence institutionnelle du Conseil constitutionnel est-elle créatrice de droit ? », *in* G. Canivet, J. Foyer (Dir.), *La création du droit par le juge*, Archives de Philosophie du droit, 2007, p. 33 et suiv.

Suivre l'évolution des principes généraux du droit constitutionnel et des méthodes doctrinales qui ont gouverné à leur élaboration, dans l'histoire de la pensée juridique et jusqu'à la période contemporaine, induit l'application d'une méthode chronologique. En effet, la présente étude est bornée entre les premiers manuels qui consacrent des développements au droit constitutionnel au milieu du XIXe siècle et la littérature contemporaine. Dans le cœur, elle s'efforce de rendre compte de la progression historique et continue de la pensée en lien avec l'état et les mutations des règles de droit constitutionnel.
En effet, l'application d'une telle méthode - chronologique et historique - est rapidement apparue comme la plus pertinente compte tenu de l'objet. Précisément, suivre le droit fil de l'histoire de la pensée juridique permet de livrer une vision d'ensemble de la doctrine constitutionnaliste et permet surtout d'appréhender l'évolution de la doctrine en lien direct avec celle, chronologique elle aussi, des règles de droit constitutionnel qu'elle est chargée de décrire. Pour cette raison, cette méthode lie, de façon constante, le processus de conceptualisation doctrinal avec le droit positif en vigueur qui forme son objet d'analyse.

Néanmoins, il ne s'agit pas d'une stricte démarche analytique qui se contenterait de recenser la progression quantitative des auteurs, mais de procéder de façon synthétique à l'identification de périodes. Reprenant sur ce point la classification retenue dans le manuel « *Droit constitutionnel* » dirigé par Louis Favoreu[134], ce sont quatre grandes phases qui peuvent permettre de classer la doctrine constitutionnaliste. La première, à partir du milieu du XIXe siècle, correspond à ce que l'ouvrage qualifie de période d' « *enseignement officieux*[135] » du droit constitutionnel et elle correspond, avant la création d'une chaire de droit constitutionnel à l'Université, aux premiers développements de droit constitutionnel au sein des manuels de droit administratif. Vient ensuite, l'époque du droit constitutionnel classique abritant les grands maîtres de la discipline, entre la fin du XIXe siècle et le début du XXe siècle, puis le droit constitutionnel d'après-guerre investi par la science politique, et enfin le droit constitutionnel contemporain[136]. C'est alors sur la base de cette classification de la doctrine que le raisonnement a été construit et un choix d'auteurs arrêté. En pratique, la démarche ne vise pas l'exhaustivité et pour des raisons matérielles, il a fallu choisir des auteurs représentatifs de l'ensemble de la doctrine rattachée à une période concernée.

[134] L. Favoreu et *alii*, *Droit constitutionnel*, 10e éd., Paris, Dalloz, 2007, 622 p.
[135] *Ibid.*, p. 13.
[136] *Ibid.*, p. 19 et suiv.

Si le premier découpage proposé par le manuel dirigé par le Doyen Favoreu constitue un outil méthodologique pertinent pour appréhender la doctrine constitutionnaliste nationale, il n'en demeure pas moins qu'une étude sur l'empirisme et le conceptualisme en droit constitutionnel permet d'affiner cette classification autour de deux grands moments.

Le premier moment correspond à la période où, entre la fin du XIXe siècle et la période contemporaine, l'ensemble des sources en droit constitutionnel et leur évolution n'ont pas suffi, malgré des tentatives doctrinales variées, pour adapter à la réalité du phénomène constitutionnel, les principes fixés à la naissance d'une science du droit constitutionnel. Aussi les manuels en droit constitutionnel demeurent pour l'essentiel organisés autour des principes généraux de la fin du XIXe siècle **(Partie 1)**.

C'est précisément dans le droit contemporain que le second moment apparaît. En effet, en marge des manuels, le développement de la jurisprudence empirique et évolutive du Conseil constitutionnel est largement pris en compte par la doctrine au point progressivement, d'exercer une influence sur les cadres de pensée théoriques en droit constitutionnel **(Partie 2)**.

Partie 1/ Les principes généraux au sein des manuels de droit constitutionnel, une appréhension hautement conceptuelle

Malgré l'évolution constante et régulière du droit positif, le droit constitutionnel repose, entre les premiers manuels et la période contemporaine, sur des principes doctrinaux communs à l'ensemble des régimes constitutionnels qu'a connu la France. Plus précisément, ces principes, élaborés à la naissance d'une science du droit constitutionnel, ont su résister à l'évolution du droit et à l'évolution de la pensée sur le droit. Malgré tout, cet aspect ne doit pas masquer les tentatives pour faire évoluer la partie théorique du droit constitutionnel tout au long du XXe siècle. D'emblée conceptuelle, la discipline a alors connu des périodes où la doctrine s'est tournée vers des méthodes empiriques et où les principes généraux ont été dénoncés comme inaptes à rendre compte de la réalité du phénomène constitutionnel.

Ainsi, conformément à l'évolution chronologique du droit constitutionnel, à la suite d'un conceptualisme fort à la fin du XIXe siècle, la doctrine, à partir des années 1930, s'est tournée d'abord vers un « *empirisme politique* » qui a conduit à privilégier l'étude politique et factuelle des régimes politiques (Titre 1er). Par la suite, aux alentours des années 1970, un nouveau courant doctrinal a privilégie un « *empirisme juridique* », qui consiste à n'admettre comme objet d'étude que la seule règle de droit en vigueur. Pourtant, à l'alternance entre ces deux grandes tentatives de reconsidérations empiriques des principes généraux, le droit constitutionnel dans son dernier état, permet finalement de constater la survivance des principes conceptuels de la fin du XIXe siècle (Titre 2nd).

Titre 1/ Du « conceptualisme » à « l'empirisme » dans les méthodes doctrinales d'appréhension du phénomène constitutionnel

En France, l'organisation constitutionnelle moderne a commencé en 1789 avec le renversement total de l'ordre ancien et a débouché en 1791, sur une organisation constitutionnelle conforme à la nature des choses et réalisant au mieux la délicate conciliation entre la liberté et le pouvoir. Précisément, en imaginant pour la première fois les règles essentielles de fonctionnement des pouvoirs publics et celles qui permettent de préserver les droits des citoyens, le pouvoir constituant révolutionnaire a traduit dans le droit positif, une philosophie politique et s'est efforcé de construire des institutions dont l'action s'arrête au seuil des droits naturels de l'homme. Ainsi, l'organisation constitutionnelle de 1791 est considérée comme un idéal, elle représente un véritable code constitutionnel.

Confrontée au défi d'ériger le droit constitutionnel au rang de science véritable et autonome à la fin du XIXe et au début du XXe siècle, la doctrine s'efforce d'élaborer des principes généraux et abstraits susceptibles d'expliquer toute forme d'organisation du pouvoir politique en général et l'organisation constitutionnelle nationale, en particulier. En effet, devant les diverses façons d'organiser le pouvoir à l'étranger et l'ensemble des régimes qui se sont succédés en France, la doctrine parvient à synthétiser le droit constitutionnel général autour de quelques principes stables et d'application universelle. C'est précisément au travers de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 et de la Constitution de 1791 qu'elle a trouvé dans un premier temps, de tels instruments.

Pour autant, sous l'effet notamment de l'évolution progressive du droit au cours de la première moitié du XXe siècle, on se rend compte que le droit constitutionnel ne correspond pas ou plus véritablement à la démocratie libérale et aux grands principes de la fin du XVIIIe siècle. Il s'agit alors pour la doctrine d'entre-deux guerres, de repenser les fondements généraux du droit constitutionnel, de façon plus réaliste.

Dès lors, s'il apparaît délicat de prétendre que tous les auteurs d'une période donnée appliquent unanimement une méthode exclusive[137], il n'en demeure pas moins qu'une tendance générale apparaît à l'analyse de la littérature en droit public du XIXe et du XXe

[137] Certains auteurs, au cours du XIXe siècle, empruntent aux techniques de la méthode historique. Voir *Infra*., Section 1.

siècle[138]. Cette tendance correspond à l'application de méthodes conceptuelles, que l'on peut qualifier le plus souvent de juridiques et déductives, des premiers manuels jusqu'à la consécration et à la consolidation d'une véritable science autonome (Chapitre 1) et à partir du premier tiers du XXe siècle au contraire, ce sont des méthodes empiriques, c'est-à-dire historiques et pratiques, qui s'imposent comme les seules méthodes véritablement scientifiques (Chapitre 2).

[138] A l'occasion d'une série d'articles parus dans la « *Revue du droit public* » en 1900 et 1901, Maurice Deslandres dresse un état des lieux des différentes méthodes pratiquées en droit public et, en montrant les failles de chacune d'elle, défend quant à lui une méthode « *historique critique* ». Même si les méthodes répertoriées sont au nombre de cinq - « *la méthode sociologique, la méthode dogmatique, la méthode juridique, la méthode comparative et la méthode de bon sens* » -, ce sont en réalité deux grandes directions méthodologiques qui sont discutées par l'auteur : l'opposition entre une méthode historique et une méthode juridique. Plus précisément, la première repose sur une observation de la réalité et procède, ensuite, à l'induction de lois plus générales alors que la seconde, au travers d'un raisonnement abstrait, procède par déduction à partir de principes généraux dont les conséquences sont vérifiées dans le droit positif en vigueur. Voir M. Deslandres, « La crise de la science politique », *RDP*, 1901, p. 402 et suiv.

Chapitre 1/ La consécration d'une science du droit constitutionnel autour des grands principes libéraux de la période révolutionnaire

Attribuée à Pellegrino Rossi par un décret du 22 août 1834[139], la première chaire de droit constitutionnel est supprimée dès la première année d'enseignement à la suite de manifestations estudiantines et de mouvements de désapprobation à l'encontre de son titulaire[140]. Rétabli puis à nouveau supprimé en 1852, l'enseignement du droit constitutionnel se stabilise finalement à la fin du XIXe siècle. Il concerne d'abord les étudiants inscrits en doctorat[141], avant d'être élargi à la première année de Licence en droit[142].

Si cette période, le milieu du XIXe siècle, illustre une instabilité manifeste du droit constitutionnel au sein des programmes universitaires[143], cela ne signifie pas pour autant que la discipline soit absente des manuels de droit public. Ces manuels gardent un intérêt certain dans la mesure où l'on constate déjà un réel effort de systématisation et de traitement méthodique des règles du droit public (Section 1).

Malgré tout, c'est véritablement à la fin du XIXe siècle que la discipline accède au rang de discipline scientifique et autonome. Sous l'impulsion d'Adhémar Esmein et de la publication de son manuel en 1896[144], le droit constitutionnel fait dorénavant l'objet d'une analyse doctrinale poussée et surtout, c'est à ce moment que la discipline acquiert ses caractéristiques majeures et durables (Section 2).

C'est donc une logique chronologique en deux temps, qui sous-tend l'organisation de ce chapitre et dont on peut fixer la césure à partir de l'année 1896. Il reste que par-delà ce

---

[139] Voir le texte du décret reproduit *in* P. Rossi, *Cours de droit constitutionnel professé à la faculté de droit de Paris*, Paris, 4 vol., Guillaumin et Cie, 1866.

[140] Cinq professeurs de la Faculté ont déposé un recours en annulation de sa nomination. Les motifs invoqués étaient d'une part que Rossi n'était pas un citoyen français et d'autre part, qu'il n'était pas titulaire du grade de docteur délivré par une Université française. Ce recours fut rejeté au motif que l'acte de nomination constituait un acte de pure administration, insusceptible de recours. Voir sur ce point, L. Favoreu et *alii*, *Droit constitutionnel*, 10e éd., Paris, Dalloz, 2007, p. 13. Voir également, P. Lavigne, « Le comte Rossi, premier professeur de droit constitutionnel français (1834-1845), *in Histoire des idées et idées sur l'histoire. Etudes offertes à Jean- jacques Chevallier*, Paris, Cujas, 1977, p. 174.

[141] Voir le décret du 25 juillet 1882, JO n° 201 du 25 juillet 1882, p. 3996. Le décret prévoit que pour obtenir le grade de docteur, les étudiants licenciés doivent subir trois examens : le droit romain, le droit civil et l'histoire du droit et le droit constitutionnel.

[142] C'est en 1889 qu'un cours en première année est crée, JO du 25 juillet 1889, n°198, p. 3659. L'examen de 1re année portera sur le droit romain et sur l'histoire générale du droit français et le droit constitutionnel.

[143] Cette instabilité est essentiellement liée à la politisation de la matière, c'est-à-dire à la crainte de la part des pouvoirs publics, d'un discrédit du régime par l'enseignement. Sous couvert de transmission objective d'un savoir, l'enseignant peut, en effet, se faire le défenseur d'un régime ou au contraire le critiquer et le rendre impopulaire aux yeux de ses étudiants. Voir sur ce point, M. Petroff, « L'éclipse du droit constitutionnel », *in* F. Bluche, *Le prince, le peuple et le droit. Autour des plébiscites de 1851 et 1852*, Paris, PUF, 2000, p. 161. « *Toute comparaison* », note le Professeur Pétroff, « *impliquant un jugement de valeur, donc, sous une forme ou une autre, une éventuelle remise en cause de l'autorité* ».

[144] A. Esmein, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, 8e éd., Paris, L. Tenin, 2 vol., 1927.

découpage temporel, un aspect permet de réunir l'ensemble des ouvrages étudiés. Précisément, la doctrine publiciste fait le plus souvent le choix d'une démarche hautement conceptuelle et en pratique, fonde son analyse du droit sur les principes généraux apparus au moment de la Révolution.

Section 1/ Les premiers développements de droit constitutionnel au sein des manuels de droit public au XIXe siècle

Les premiers manuels qui s'intéressent au droit constitutionnel, ceux de « *Droit public-administratif*[145]» et de droit constitutionnel proprement dits, privilégient deux approches différentes. D'abord, une partie de la doctrine concentre l'essentiel de son raisonnement autour des droits naturels et immuables des individus dont l'organisation particulière des pouvoirs publics n'est que la traduction (§1). Ensuite, une autre partie de la doctrine s'efforce d'élaborer des principes plus à même de rendre compte des règles d'organisation et de fonctionnement des pouvoirs publics propres à la France et au régime constitutionnel en vigueur (§2).

§1/ La présentation des règles naturelles et universelles, principes généraux des manuels en droit public

Une partie importante des juristes publicistes du milieu du XIXe siècle est rattachée au courant *jusnaturaliste* en ce qu'elle considère qu'au fondement des règles juridiques positives, qu'elles soient de droit administratif ou de droit constitutionnel, il existe un droit naturel antérieur et supérieur[146]. Ainsi, la recherche des principes qui permettent d'envisager les

---

[145] Par le biais du « *Droit public-administratif* » enseigné de façon continue sous l'Empire, les juristes administrativistes couplent l'analyse des règles de droit administratif avec celles du droit constitutionnel. C'est la raison pour laquelle à l'époque, on peut parler d'un « *enseignement officieux par les administrativistes*» du droit constitutionnel. Voir L. Favoreu et *alii*, *Droit constitutionnel*, 10e éd., Paris, Dalloz, 2007, p. 13.
Sur l'organisation de l'enseignement, voir le rapport du ministre de l'instruction publique, *in* M. F. Laferrière, *Cours de droit public et administratif mis en rapport avec les lois nouvelles et précédé d'une introduction historique*, vol. 1, Paris, Cotillon, 1860, Introduction, p. VIII.

[146] L'ouvrage *Principes du droit public* publié par Joseph Tissot en 1872 est, à cet égard, très éclairant. Il vise « *la recherche et l'exposition des principes qui doivent présider à la constitution d'un pays tel que la France. C'est le dégagement de l'esprit de liberté et de justice qui doit inspirer l'organisation et l'exercice des pouvoirs publics chez un peuple pour lequel l'égalité proportionnelle, - la seule naturelle, la seule vraie, la seule juste, - est devenue le premier des principes politiques* ». S'agissant du droit public, « *sa raison d'être est de simple fait*

règles de droit public dans leur généralité concerne les principes tirés de la nature de l'homme et des choses (A) et affinée au seul droit constitutionnel, les droits naturels et immuables des individus qui encadrent l'exercice du pouvoir politique (B).

A/ Les principes tirés de la nature de l'homme et des choses, fondement du droit positif en vigueur

Soucieux de présenter le droit public de façon synthétique et méthodique, les manuels de « *droit public-administratif* » s'efforcent de dégager des principes généraux du droit public afin de structurer l'ensemble de la législation particulière et appliquée (1). Il en résulte une « *logique d'escalier* » qui permet de montrer que les lois administratives particulières sont l'application de principes constitutionnels généraux et les principes constitutionnels traduisent quant à eux dans le droit positif, un droit naturel supérieur (2).

1/ L'identification des principes généraux du droit public

L'ordonnance du 19 juin 1828[147] relative à l'organisation de l'enseignement de droit administratif[148] à l'Université, détermine l'objet de la discipline. Précisément, elle prévoit que le professeur « *y fera connaître les attributions de diverses autorités administratives, les règles à suivre pour procéder devant elles, et les lois et règlements d'administration publique concernant les matières soumises à l'administration*[149] ». Redéfini le 1er janvier 1863, le « *droit public-administratif* », doit comprendre les « *notions générales et sommaires suivantes : l'organisation et les attributions de l'Autorité administrative, la hiérarchie des agents, de ses conseils et de ses juridictions ; les différentes natures de contributions*

---

ou de droit, suivant qu'elle est contingente, passagère, erronée et abusive même, ou qu'au contraire elle est basée sur la nature et la destinée humaine. Et comme cette nature et cette destinée sont de tous les temps et tous les lieux, les raisons qui en découlent ont par là même un caractère de nécessité et d'universalité qui en fait de véritables principes ». Voir J. Tissot, *Principes du droit public*, 2 t., Paris, Marescq Aimé, 1872, Préface, p. VI et introduction, p. 1 et suiv.

[147] Voir sur ce point, Th. Fortsakis, *Empirisme et conceptualisme en droit administratif*, th., Paris, LGDJ, 1987, p. 47 : « *L'ordonnance du 19 juin 1828, en rétablissant la chaire du « droit administratif français constitue « l'acte de naissance officiel » du droit administratif* ».

[148] Pour une vue d'ensemble sur l'enseignement du droit administratif au XIXe siècle, voir M. Touzeil-Divina, *Eléments d'histoire de l'enseignement du droit public : la contribution du doyen Foucart (1799- 1860)*, th., Poitiers, LGDJ, 2007, 682 p.

[149] Th. Fortsakis, *Empirisme et conceptualisme en droit administratif*, *op.cit.*

publiques, leur assiette et leur recouvrement ; les cours d'eau, leur curage, le règlement des usines, le drainage et les irrigations ; le domaine public, fluvial et maritime ; les établissements dangereux et insalubres[150] ». Par ailleurs, le cours doit également envisager de façon approfondie, les notions « *d'expropriation pour cause d'utilité publique ; la voirie et les alignements ; la séparation des pouvoirs publics judiciaires, administratif et ecclésiastique ; conflits ; appels comme d'abus ; mises en jugement ; autorisations*[151] ». Recouvrant surtout des notions techniques et qui relèvent du seul droit administratif positif, l'organisation d'un cours de « *droit public-administratif* » à l'Université sous l'Empire, ne suppose pas d'emblée d'exposer des notions plus générales.

Pour autant, à rebours du programme officiel qui organise l'enseignement, la plupart des auteurs de manuels souligne la nécessité d'une synthèse du droit positif autour de quelques principes généraux. Par exemple, dès l'introduction de son ouvrage, Firmin Laferrière relève que « *le Droit administratif, malgré sa récente origine, a des principes généraux et des institutions fondamentales que n'ébranle pas le contre-coup des révolutions.* ***Gardons-nous donc de considérer le Droit public et le Droit administratif comme une science des faits seulement ou une science purement relative : les faits y prennent place, mais sans dominer les principes eux-mêmes***[152] ». Pour cette raison, son manuel a été construit, et il s'agit toujours des termes utilisés par l'auteur, « *dans une pensée analogue à ce but élevé de théorie et de pratique* », contenant « *une exposition de principes et de législation où l'on cherche surtout à coordonner et à vivifier les éléments de la science et de la jurisprudence administrative*[153] ». Dans le même sens, l'ancien conseiller d'Etat Bouchené-Lefer précise ses ambitions : « *Mon but en composant cet ouvrage a été d'indiquer les éléments dont se compose l'unité et la nationalité française, éléments qui rencontrent nécessairement dans tout pays, quelles que soient ses divisions et subdivisions, leurs semblables ou leurs analogues*[154] ». Il ajoute « *Cette science* (la science du droit administratif) *repose*

---

[150] Voir le texte reproduit *in* A. Batbie, *Précis du cours de droit public et administratif*, 3e éd., Paris, Cotillon, 1869, 872 p.

[151] *Ibid*., p. 1 et 2.

[152] M. F. Laferrière, *Cours de droit public et administratif mis en rapport avec les lois nouvelles et précédé d'une introduction historique*, 2 vol, Paris, Cotillon, 1860. Voir t. 1, Introduction, p. III. Il en va d'ailleurs de même en droit constitutionnel : « *le Droit politique a des axiomes qui retrouveront toujours leur autorité au milieu des diversités d'organisation* ».

[153] *Ibid*., p. IV.

[154] A. G. D. Bouchené-Lefer, *Principes et notions élémentaires (pratiques, didactiques et historiques) du droit public-administratif ou précis de l'organisation politique et administrative de la France de 1789 à ce jour*, Paris, Cosse et Marchal, 1862, Avertissement, p. V.

principalement sur des principes praticables et en partie nécessairement pratiqués chez tous les peuples[155] ».

Ainsi, les manuels de l'époque s'efforcent de déterminer les principes généraux qui dominent la matière et qui donnent un fondement au droit public positif. D'ailleurs, les intitulés des manuels, très détaillés le plus souvent, consacrent cette notion de « *principe* ». Bouchené-Lefer choisit le titre « *principes et notions élémentaires du droit public-administratif*[156] », Emile-Victor Foucart publie un ouvrage dénommé « *exposition méthodique des principes du droit public positif*[157]» et François Cabantous traite des « *Répétitions écrites sur le droit administratif contenant l'exposé des principes généraux*[158] ».
Matériellement, Bouchené-Lefer relève, dès l'avertissement de son ouvrage, que « ***ces principes actuellement sont ceux qu'ont posé les publicistes du dix-huitième siècle, et qu'a voulu appliquer chez nous la première assemblée constituante***[159] ». Appliquée par l'ensemble des manuels de « *droit public-administratif* » publiés à cette époque, la démarche qui consiste à retenir les grands principes constitutionnels de 1789 comme les instruments théoriques pertinents pour appréhender droit public positif dans sa généralité, s'explique pour trois raisons essentielles.

D'abord, c'est l'organisation de l'enseignement du droit public à l'Université sous l'Empire qui commande de ne pas séparer l'étude du droit administratif de celle du droit constitutionnel. Précisément, la Chaire de droit administratif, intitulée « *Droit public et administratif* », suppose une prise en compte du droit constitutionnel[160], même si l'objet principal demeure les règles qui régissent l'administration dans ses rapports avec les citoyens. Cela signifie qu'à l'époque, il n'y a pas à de sectorisation des branches du droit public au niveau académique[161] et les définitions du droit administratif retenues au sein des manuels,

---

[155] *Ibid.*
[156] *Ibid.*
[157] Voir E. V. Foucart, *Eléments de droit public et administratif, ou exposition méthodique des principes du droit public positif*, 4e éd., 2t., Paris, A. Maresque et E. Dujardin, 1855.
[158] L. P. F. Cabantous, *Répétitions écrites sur le droit administratif contenant l'exposé des principes généraux, leurs motifs et la solution des questions théoriques*, 5e éd., Paris, A. Marescq Ainé, 1873, 931 p.
[159] A. G. D. Bouchené-Lefer, *Principes et notions élémentaires (pratiques, didactiques et historiques) du droit public- administratif ou précis de l'organisation politique et administrative de la France de 1789 à ce jour*, *op.cit.*, Avertissement, p. IX.
[160] Voir sur ce point, M. Touzeil-Divina, *Eléments d'histoire de l'enseignement du droit public : la contribution du doyen Foucart (1799- 1860), op. cit.*
[161] D'ailleurs, les juristes de l'époque intègrent au droit public, certaines règles du droit civil ou du droit pénal. Voir not., A. G. D. Bouchené-Lefer, *Principes et notions élémentaires (pratiques, didactiques et historiques) du droit public- administratif ou précis de l'organisation politique et administrative de la France de 1789 à ce jour*,

illustrent cet aspect. Le conseiller d'Etat Bouchené-Lefer par exemple, considère que le droit administratif « *fait partie du droit public ou politique, ou plutôt c'est le droit public lui-même, moins ce qui concerne l'organisation du pouvoir législatif et du pouvoir judiciaire proprement dits*[162] ».

Ensuite, au-delà des textes et de ce que commande la législation sur l'enseignement, le recours aux principes libéraux du droit constitutionnel s'impose pour des motifs intellectuels. Puisque les manuels universitaires permettent d'accompagner l'étudiant dans l'acquisition de ses connaissances à côté du cours magistral, ils supposent de la part de leurs auteurs, qu'ils s'efforcent de présenter de façon simple et vulgarisée le droit positif. En d'autres termes, l'enseignement conduit naturellement celui qui le dispense à ordonner et à systématiser l'ensemble des données dont il dispose, en vue de la transmission aux non initiés[163]. L'existence d'un enseignement porte donc inévitablement vers la systématisation[164] et sur ce point, les principes révolutionnaires permettent, de façon claire et synthétique, d'ordonner le droit positif. A ce titre, dans la justification du recours à des développements en droit constitutionnel, François Cabantous relève : « *nous n'y embrasserons même le droit constitutionnel ou droit public proprement dit, qu'autant que la connaissance en est nécessaire pour convenablement coordonner et faire bien comprendre les règles du droit administratif*[165] ».

---

op.cit., p. 2 : « *Le droit public a pour objet* (…) *l'établissement des dispositions jugées utiles pour le maintien et le développement des intérêts privés. C'est à ce droit, qu'appartiennent, parmi nos Codes officiels, les Codes de procédure civile et d'instruction criminelle, le Code pénal, une partie du Code de commerce, et une partie seulement de la loi dite Code forestier* ».

[162] *Ibid*., p. 14.

[163] Voir sur ce point, P. Morvan, entrée « *principe* », *in* D. Alland, S. Rials (Dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, Quadrige, 2003, p. 1202 : « *les principes, c'est ce que les débutants ont à apprendre ; c'est aussi ce que plus tard on a sans cesse besoin de se rappeler* (…) *D'innombrables ouvrages sont intitulés avec des « principes » sans intention de livrer une démonstration scientifique. L'effort de logique et l'esprit de système sont au service d'un projet d'enseignement du droit* ».
Ces vertus sont transposables à l'ensemble des principes. C'est ainsi la même conclusion qui est défendue par la doctrine s'agissant des principes généraux utilisés en droit administratif, par le Conseil d'Etat. Voir not., Th. Fortsakis, *Conceptualisme et empirisme en droit administratif français*, *op. cit.*, p. 296 : « *Dans ce contexte, le recours du juge à un instrument comme les principes généraux traduit de sa part un souci de simplicité, de clarté, d'unité. D'autre part, le recours aux principes généraux présente l'avantage supplémentaire de permettre au juge de situer son action dans une perspective de cohérence* ».

[164] Sur le rôle de l'enseignement pour la conceptualisation du droit, voir *Ibid* ; Ph. Jestaz, Ch. Jamin, *La doctrine*, Paris, Dalloz, 2004, 314 p ; J. Rivero, « Réflexions sur l'enseignement du droit », *Mélanges offerts à Monsieur le Doyen Louis Trotabas*, Paris, LGDJ, 1970, p. 447.

[165] L. P. F. Cabantous, *Répétitions écrites sur le droit administratif contenant l'exposé des principes généraux, leurs motifs et la solution des questions théoriques*, *op. cit.* Un peu plus tard, Théodore Ducrocq démontre bien la démarche entreprise par l'ensemble des administrativistes : « *C'est au droit constitutionnel qu'il appartient de déterminer les principes qui forment la base du droit public d'un pays et qui garantissent aux citoyens et aux individus la jouissance et l'exercice des droits d'ordre politique, d'ordre religieux, d'ordre naturel ou d'ordre civil. Mais ce sont des lois administratives qui mettent ces principes en œuvre et fixent leur condition*

Enfin, ce sont les prescriptions de la Constitution en vigueur qui invitent les juristes à faire des principes de 1789, les soubassements de la matière. En effet, l'article 1er de la Charte de 1852 prévoit que « *la Constitution reconnaît, confirme et garantit les grands principes proclamés en 1789 et qui sont à la base du droit public des français*[166]». Ainsi, avant même toute tentative de conceptualisation, l'exégète dispose d'indications sur les principes généraux qui structurent l'ensemble du « *droit public-administratif* » : « *les grands principes proclamés en 1789*[167] ».

Par conséquent et pour synthétiser les raisons qui induisent la présence des principes généraux du droit constitutionnel au sein des manuels qui ont pour objet principal le droit administratif, on peut dire, avec Firmin Laferrière, que cela revient à « *faire ce que commande la nécessité de l'enseignement et se conformer au vœu de la loi fondamentale*[168] ».

Il reste en dernière analyse, que la rigueur scientifique affichée n'est pas appliquée de façon toujours homogène, comme en témoigne à titre d'illustration, le plan des manuels. Notamment, l'architecture du plan est le plus souvent peu accordée avec la recherche d'un raisonnement scientifique rigoureux. Par exemple, le manuel de Bouchené-Lefer suit un plan relativement désordonné et donne l'impression que l'auteur s'est contenté d'un enchaînement de titres et de chapitres sans se soucier véritablement d'une cohérence globale. Plus précisément, la table des matières, sous-titrée de façon assez maladroite « *Des titres, chapitres, etc.*[169] », permet simplement d'induire un raisonnement qui évolue du général vers le particulier. Pour cette raison, sont successivement développés les « *Titres* » suivants : « *De l'objet du droit public- administratif ; De la base et des éléments du droit public, administratif et (judiciaire) ; De l'unité de la France ; Du pouvoir exécutif central ou des autorités centrales ; Des circonscriptions territoriales* ; etc.[170] ».

---

d'application ». Voir T. Ducrocq, *Cours de droit administratif : contenant l'exposé et le commentaire de la législation administrative dans son dernier état, avec la reproduction des textes principaux, dans un ordre méthodique*, Paris, E. Thorin, 1877, p. 12. Il ajoute : « *c'est bien dans le droit constitutionnel que se trouvent les têtes de chapitres du droit administratif* ».

[166] Voir le texte de la Charte, disponible sur le site internet de l'Université de Perpignan à l'adresse suivante : http://mjp.univ-perp.fr/france/co1852.htm#1

[167] *Ibid.*

[168] M. F. Laferrière, *Cours de droit public et administratif mis en rapport avec les lois nouvelles et précédé d'une introduction historique*, *op. cit.*, introduction, p. III.

[169] A. G. D. Bouchené-Lefer, *Principes et notions élémentaires (pratiques, didactiques et historiques) du droit public- administratif ou précis de l'organisation politique et administrative de la France de 1789 à ce jour*, *op. cit.*, table des matière.

[170] *Ibid.*

2/ Structurer le droit positif autour des principes

Dans le fond, la démarche suivie par l'ensemble des auteurs de manuels de « *Droit public-administratif* », consiste à présenter les principes généraux avant de déduire leur application au sein de la législation particulière, quelle soit administrative ou constitutionnelle[171].

Au niveau le moins élevé de la hiérarchie des normes, le droit constitutionnel contient les grands principes du droit public qui sont mis en œuvre en droit administratif[172]. En d'autres termes, pour rendre compte des règles du droit administratif, il faut connaître les grands principes constitutionnels à partir desquels elles découlent[173]. A ce propos et bien plus tard,

---

[171] Voir not., A. Batbie, *Précis du cours de droit public et administratif*, 3e éd., Paris, Cotillon, 1869, 872 p. ; E. V. Foucart, *Eléments de droit public et administratif : ou exposition méthodique des principes du droit public positif*, 3 vol., Paris, A Marescq et E. Dujardin, 1855.

[172] Voir sur ce point, M. F. Laferrière, *Cours de droit public et administratif mis en rapport avec les lois nouvelles et précédé d'une introduction historique*, *op. cit.*, p. VIII-IX : « *Le droit administratif, proprement dit, est la science de l'action et de la compétence du pouvoir exécutif, des administrations générales et locales et des conseils administratifs, dans leur rapport avec les droits ou les intérêts des administrés et avec l'intérêt général de l'Etat* ».

« *Mais d'abord, quand on veut aller au fond des choses, pourrait- on séparer, dans l'enseignement du moins, l'organisation et l'action ? On ne peut faire connaître l'action d'un pouvoir sans faire connaître ce pouvoir lui-même : et comment y parvenir si l'on n'étudie pas son organisation, ses attributions et ses rapports généraux avec les autres pouvoirs dans la société ?* ».

Plus tard, c'est la position défendue par le Doyen Vedel dans son article célèbre « *Les bases constitutionnelles du droit administratif* ». Voir G. Vedel, « Les bases constitutionnelles du droit administratif », *in* A. Delaubadère, A. Mathiot, J. Rivero, G. Vedel, *Pages de doctrine*, Paris, LGDJ, 1980, p. 129 : « *Il est bien difficile de marquer la limite qui sépare le droit constitutionnel du droit administratif. La plupart des auteurs en font l'observation et, notant que le droit constitutionnel est formé des « têtes de chapitre » des autres parties du droit public interne, certains n'accordent à la distinction qu'une valeur pédagogique* (…) *En revanche, tout le monde tombera d'accord que la Constitution est la base nécessaire des règles dont l'ensemble compose le droit administratif* ».

Plus récemment voir, M. Verpeaux, « Les principes en droit constitutionnel », *in* S. Caudal (Dir.), *Les principes en droit*, Paris, Economica, 2008, p. 149 : « *C'est en droit constitutionnel que devraient se trouver les principes de toute autre matière ou discipline, puisque c'est dans ce texte fondamental qu'est la Constitution qui devraient être inscrits les grands principes qui guident les autres droits* ».

[173] Voir P. Rossi, *Cours de droit constitutionnel professé à la faculté de droit de Paris*, Guillaumin et Cie, 1866, leçon d'ouverture, p. LVIII : « *Le droit constitutionnel nous fait connaître à grands traits l'organisation sociale et politique du pays ; le droit administratif nous expose la machine politique dans ses moindres détails et dans ses nombreuses applications. Le droit administratif et le droit constitutionnel se tiennent par un rapport assez analogue à celui qui existe entre le droit proprement dit et la loi de procédure. Il (le droit public) est placé sur les bas degrés du droit public ; celui-ci pose les principes et l'autre embrasse les règles qui regardent l'exécution et les conséquences. Il s'agit d'une même échelle occupée par un seul pouvoir sous des noms différents ; il s'appelle gouvernement dans les degrés supérieurs et administration dans les degrés inférieurs* ».

A propos de l'intérêt de développer le « *droit public* » au sein d'un manuel de droit administratif, Jules Liégeois, chargé d'actualiser le manuel de François Cabantous, s'explique sur la marge de manœuvre dont il dispose dans l'actualisation du manuel : « *nous aurions répondu plus complètement aux exigences scientifiques du sujet, si nous avions pu donner plus de développements aux principes de droit public que nos diverses constitutions ont successivement sanctionnées* ». Il ajoute : « *que peut-il, en effet, y avoir de plus important et de plus utile à la fois, que de donner des notions claires et complètes, des idées saines et libérales à la jeunesse des écoles, sur ces grands principes de 1789, dont nous n'avons pas su toujours faire une sage application, mais qui sont pourtant la seule base sur laquelle puissent se fonder les institutions d'un peuple libre ? Quel avantage ne trouverions – nous pas à voir les classes dirigeantes du pays d'accord sur les principes fondamentaux des sociétés politiques, qui sont aussi indispensables à une république qu'à une monarchie constitutionnelle ?* » L. P. F. Cabantous, *Répétitions écrites sur le droit administratif contenant l'exposé des principes généraux, leurs motifs et la solution des questions théoriques*, *op.cit.*, Préface, p. XI : « *Enumérer seulement ces principes, c'est montrer leur*

Jean Rivero montre bien le rayonnement des principes généraux et leur vertu opératoire en droit public. Il considère qu'il existe des « *principes qui transcendent, la distinction des diverses disciplines juridiques, les dominent toutes*[174] ». Précisément, il relève que « ***tout l'héritage de 89 domine le système juridique français dans son entier, sans distinction entre droit public et droit privé*** (…) *A ce niveau, c'est l'unité du système juridique national qui s'impose*[175] ».

Il s'agit là, pour en revenir à la littérature du XIXe siècle, de l'application d'une logique déductive : parce que les lois administratives particulières constituent l'application des grands principes constitutionnels, une bonne compréhension des secondes doit être précédée par la présentation générale des premiers.
Par exemple, les auteurs montrent que c'est en application du principe constitutionnel de souveraineté nationale, que les lois relatives à l'élection et à la désignation des représentants du peuple souverain, ont été adoptées[176]. De la même façon, une part essentielle de la législation relative à l'impôt en droit administratif, applique les dispositions de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 et notamment celle qui prévoit que nul impôt voté dans l'année, ne peut être perçu[177]. Enfin et toujours à titre d'exemple, le principe de séparation des autorités administrative et judiciaire, principe premier du contentieux administratif, est déduit du principe constitutionnel de séparation des pouvoirs[178].

Par conséquent, c'est souvent au titre de l'introduction du manuel ou d'un chapitre premier que les principes généraux du droit constitutionnel sont abordés. Il s'agit de présenter les principes premiers qui permettront ensuite de développer les matières administratives dans le

---

immense importance : souveraineté de la nation, séparation des pouvoirs, vote de l'impôt, égalité devant la loi, liberté individuelle, liberté religieuse, liberté d'enseignement, liberté de la presse, inviolabilité de la propriété ».

[174] J. Rivero, « Le juge administratif : gardien de la légalité administrative ou gardien administratif de la légalité ? », *in Pages de doctrine, op. cit.*, p. 323.

[175] *Ibid*.

[176] M. F. Laferrière, *Cours de droit public et administratif mis en rapport avec les lois nouvelles et précédé d'une introduction historique, op. cit.*, p. 43 et suiv.

[177] Voir par exemple, L. P. F. Cabantous, *Répétitions écrites sur le droit administratif contenant l'exposé des principes généraux, leurs motifs et la solution des questions théoriques, op. cit.*, p. 20 et suiv.

[178] *Ibid*. S'agissant des libertés individuelles, « *au droit constitutionnel, il appartient de poser les principes de la liberté des cultes, de l'égalité civile, de la liberté individuelle, de l'inviolabilité de la propriété ; mais ce sont des lois administratives qui règlent la haute police des cultes, le droit du chef de l'Etat d'autoriser les changements ou les modifications de noms de famille et de conférer des titres, la formalité des passeports, les droits de l'administration vis-à-vis des aliénés dangereux, l'expropriation pour cause d'utilité publique, et les nombreuses et diverses limitations du droit de propriété dans l'intérêt général et public* ».

corps des manuels. Un premier travail de généralisation est donc réalisé pour les besoins d'une présentation méthodique et synthétique du droit administratif[179].

D'ailleurs, cet aspect est conforté dans les seuls développements de droit constitutionnel pris isolément ou plutôt décharnés de leur utilisation comme sous-bassement juridique des lois administratives particulières. En effet, même cantonnée au strict commentaire des dispositions constitutionnelles en vigueur, l'analyse du droit constitutionnel dans les manuels de droit « *public-administratif* » s'efforce d'être synthétique.

Pour ce faire, la doctrine administrativiste prend appui sur l'article 1er de la Constitution de 1852 aux termes duquel, « ***la Constitution reconnaît, confirme et garantit les grands principes proclamés en 1789, et qui sont à la base du droit public des français***[180]». Sans plus de précisions et à défaut d'une liste exhaustive de principes, la démarche consiste alors, à partir des premiers textes constitutionnels écrits, à vérifier empiriquement dans le droit, si tel ou tel principe a été maintenu et notamment quels sont ceux qui sont applicables sous l'empire de la Constitution de 1852[181]. En ce sens, Laferrière relève que l'entreprise vise à pénétrer « *au fond des choses*, (…), *de dégager, d'un côté, les principes qui président à l'organisation, à la séparation et à la distribution des pouvoirs publics, de remonter au point de départ de l'application, chez nous, de ces principes, d'en montrer la persistance à travers toutes nos vicissitudes politiques et malgré tous les changements apparents, soit de noms, soit de formes*[182] ».

---

[179]*Ibid.*, notions préliminaires, p. 3 : « *Nous n'y embrasserons même le droit constitutionnel ou droit public proprement dit, qu'autant que la connaissance en est nécessaire pour convenablement coordonner et faire bien comprendre les règles du droit administratif. Il est difficile en effet, de les séparer complètement l'un de l'autre, le droit public formant en quelque sorte les têtes de chapitre du droit administratif, suivant la très- juste observation de l'illustre Rossi, ou, ce qui revient au même, fournissant les principes dont le droit administratif détermine l'application* ».

[180] Voir le Titre I, article 1er de la Constitution de 1852, http://mjp.univ-perp.fr/france/co1852.htm.
Sur ce point, voir A. Batbie, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, 2e éd., 9 vol., Paris, Larose et Forcel, 1885 : « *c'est une proposition hors de doute, même sous le régime des constitutions ou chartes qui ne le disent pas expressément, que les principes de 1789 sont la base de notre droit public* ».

[181]Il s'agit entre autres des principes de souveraineté nationale, de séparation des pouvoirs, de la publicité des audiences, l'inviolabilité du domicile ou en ce qui concerne l'organisation administrative, de l'unité de la France, du pouvoir exécutif ou encore la distinction entre les autorités centrales et locales. Voir pour une liste exhaustive, A. G. D. Bouchené- Lefer, *op. cit.*, p. 43, 44.
Dans le même sens, Cabantous retient les principes de souveraineté de la Nation, séparation des pouvoir, vote de l'impôt, égalité devant la loi, liberté individuelle, liberté du travail, liberté religieuse, liberté d'enseignement, liberté de la presse, inviolabilité de la propriété, M. L. F. Cabantous, *Répétitions écrites sur le droit administratif contenant l'exposé des principes généraux, leurs motifs et la solution des questions théoriques*, *op. cit.*, p.22.

[182] A. G. D. Bouchené-Lefer, *Principes et notions élémentaires (pratiques, didactiques et historiques) du droit public- administratif ou précis de l'organisation politique et administrative de la France de 1789 à ce jour*, *op. cit.*, Avertissement, p. V.

Ainsi, de façon appliquée, certains juristes reprennent les termes de la Déclaration en les modifiant afin de les adapter au temps présent[183]. Certains rappellent chacun des principes de 1789 en précisant les restrictions que la Constitution a apportées[184]. D'autres enfin, comparent chaque principe dans le droit positif de 1791 puis de 1852.

Par exemple, François Cabantous parvient à identifier douze principes à partir de la Constitution de 1791 parmi lesquels la souveraineté nationale et la séparation des pouvoirs, le vote de l'impôt par les représentants de la nation ou la responsabilité des agents du gouvernement[185]. Une fois isolé, chacun des douze principes est discuté de la même façon : « *Quelles étaient les dispositions constitutionnelles de 1791 sur le principe* ? » dans un premier temps et « *Quelles sont aujourd'hui les dispositions constitutionnelles sur le même point ?*[186] » dans un second temps. L'objectif pratique est de montrer que chaque principe dans le sens et la portée de 1791, est confirmé dans le droit positif de 1852.

Dans le même sens, l'ancien conseiller d'Etat Bouchené-Lefer considère la séparation des pouvoirs[187] comme l'un des éléments qui composent « *la base et les éléments du droit public, administratif (et judiciaire)*[188] » et davantage encore, comme « *le principe fondamental de*

---

[183] Voir M. F. Laferrière, *Cours théorique et pratique de droit public administratif*, *op. cit*, p. 43 et suiv: « *Nous emploierons, le plus possible, dans cet exposé, les termes mêmes des Déclarations ; mais comme il s'agit de déterminer exactement les principes applicables, nous modifierons les dispositions ou expressions empruntées aux Constitutions antérieures, quand il y aura nécessité pour les faire rentrer dans l'esprit actuel de la législation politique* ». Par exemple : « *le principe de la souveraineté réside essentiellement dans la nation, en d'autres termes, dans la volonté nationale. Nous ne disons pas avec la Déclaration de 1789, le principe de toute souveraineté ; ce serait donner à la volonté nationale le caractère de l'absolu. Or il y a une souveraineté supérieure à celle de la volonté, c'est la souveraineté de Dieu et de la loi morale. La souveraineté nationale est relative. Elle représente la volonté qui, par sa nature, est et doit être subordonnée à la raison et à la loi naturelle et divine* ».

[184] A. Batbie, *Précis du cours de droit public et administratif*, *op. cit*, p 5 : « *L'article 1er de la Constitution du 14 janvier 1852 garantit les principes proclamés en 1789 ; mais ces droits ne sont pas absolus, et la Constitution et les lois organiques y ont apporté deux espèces de restrictions, les unes préventives, les autres répressives* ».

[185] L. P. F. Cabantous, *Répétitions écrites sur le droit administratif contenant l'exposé des principes généraux, leurs motifs et la solution des questions théoriques*, *op. cit*., p. 22. « *en se reportant à la constitution de 1791, la première et la plus pure expression des principes de 1789, on n'a pas de peine à constater que ces principes sont au nombre de douze* (…) *Nous étudierons successivement ces divers principes ou droits, en nous attachant à montrer, pour chacun d'eux, qu'il est maintenu pour les institutions actuelles, avec le sens et la portée que lui donnait la constitution de 1791* ».

[186] Voir M. F. Laferrière, *Cours théorique et pratique de droit public administratif*, 5e éd., T 1, Paris, Cotillon, 1860, p. 43 et suiv. Pour déterminer quels sont les principes consacrés en 1789 et qui sont toujours en vigueur en 1852, l'auteur considère qu'il y a « *nécessité de combiner les déclarations de 89 et avec la Constitution de l'an VIII qui a fondé l'organisation politique de la France au commencement du siècle, et avec l'esprit de la Constitution nouvelle qui s'en est rapprochée* ».

[187] C'est la même méthode qui est utilisée pour considérer que « *nos différentes constitutions ne laissent pas que d'avoir un certain nombre de principes communs* ». Tour à tour sont énoncés, le principe de souveraineté nationale, le principe de légalité, le principe de liberté individuelle, de publicité des audiences, d'inviolabilité du domicile entres autres s'agissant des droits et libertés et l'unité de la France, du pouvoir exécutif, l'organisation territoriale notamment s'agissant de l'organisation administrative. Voir A. G. D. Bouchené-Lefer, *op.cit.*, p. 40 et suiv.

[188] C'est précisément l'intitulé du Titre II – « *De la base et des éléments du droit public, administratif (et judiciaire)* ». *Ibid.*, Table, p. XI.

notre organisation politique et, par conséquent, de notre droit public[189] ». Pour le montrer, il effectue un recensement de l'ensemble des dispositions constitutionnelles susceptibles de démontrer la continuité des mécanismes garantissant la séparation des pouvoirs, dans l'ensemble des textes constitutionnels français entre 1789[190] et 1852. Ainsi, la Constitution de 1791, de l'an III[191], les Chartes de 1814 et de 1830[192] ou la Constitution de 1848[193] prévoient des règles qui permettent de mettre en œuvre la séparation des pouvoirs. S'agissant de la Constitution de 1852, Bouchené-Lefer se contente de rappeler qu'elle « *reconnaît, confirme et garantit d'une manière générale les grands principes proclamés en 1789, et qui sont à la base du droit public des français*[194] », ce qui confirme à nouveau la continuité de ces principes dans le droit positif depuis 1789[195].

---

[189] *Ibid.*, p. 3.

[190] Bouchené-Lefer cite un certain nombre d'actes et de lois antérieures à la première constitution écrite en France : « *Parmi les articles constitutionnels décrétés par l'Assemblée nationale constituante en sept. 1789, sanctionnés par le roi, le 5 oct. et le 3 nov. 1789, se trouvaient ceux-ci : « Art 17 (30 septembre), le pouvoir exécutif ne peut faire aucune loi, même provisoire. – Art. 19 (23 septembre), la puissance judiciaire ne peut, en aucun cas, être exercée par le roi (chef du pouvoir exécutif), ni par le corps législatif* ».
« *La loi du 22 déc. 1789 – 8 janv. 1790, sect. III, art. 7, portait : « les administrations ne pourront être troublées dans l'exercice de leurs fonctions administratives par aucun acte du pouvoir judiciaire* ».
« *Expliquant la section III de cette même loi, l'instruction en forme législative du 8 janv. 1790 disait : « Le fondement essentiel de la constitution est que le pouvoir administratif soit toujours maintenu très distinct et de la puissance législative à laquelle il est soumis, et du pouvoir judiciaire dont il est indépendant. La constitution serait violée si les administrations de département pouvaient ou se soustraire à l'autorité législative, ou usurper aucune de ses fonctions, ou enfreindre ses décrets… La constitution ne serait pas moins violée si le pouvoir judiciaire pouvait se mêler des choses d'administration et troubler, de quelque manière que ce fût, les corps administratifs dans l'exercice de leurs fonctions* ». *Ibid*., p. 4 et 5.

[191] Not. son article 46 : « *Le Corps législatif ne peut exercer, ni par lui-même ni par ses délégués, le pouvoir exécutif ni le pouvoir judiciaire* », son article 189 : « *Les administrations départementales et municipales ne peuvent modifier les actes du Corps législatif* », son article 202 : « *Les fonctions judiciaires ne peuvent être exercées par le pouvoir exécutif* » et son article 203 : « *Les juges ne peuvent s'immiscer dans l'exercice du pouvoir législatif ni faire aucun règlement. Ils ne peuvent suspendre l'exécution d'aucune loi, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions* ». Cité *in* A. G. D. Bouchené-Lefer, *Principes et notions élémentaires*, *Ibid.*

[192] « *Les Chartes de 1814 et de 1830 traitent, sous le titre de « Gouvernement du roi », de l'exercice de la puissance exécutive, de la puissance législative, et séparément de « l'ordre judiciaire* ». (Ch. 1814, art.13, 15, 57 et 58 ; 1830, art. 12, 14, 48 et 49) ».

[193] « *La constitution de 1848, dans son art. 19 portait : « la séparation des pouvoirs est la première condition d'un gouvernement libre* » ».

[194] A. G. D. Bouchené-Lefer, *Principes et notions élémentaires*, *op. cit.*, p. 5.

[195] A l'occasion de la réédition du manuel de Cabantous, Jules Liégeois est explicite sur ce point : « *Que peut-il, en effet, y avoir de plus important et de plus utile à la fois, que de donner des notions claires et complètes, des idées saines et libérales à la jeunesse des écoles, sur ces grands principes de 1789, dont nous n'avons pas su toujours faire une sage application, mais qui sont pourtant la seule base sur laquelle puissent se fonder les institutions d'un peuple libre ? Quel avantage ne trouverions-nous pas à voir les classes dirigeantes du pays d'accord sur les principes fondamentaux des sociétés politiques, qui sont aussi indispensables à une république qu'à une monarchie constitutionnelle ?* » Voir L. P. F. Cabantous, *Répétitions écrites sur le droit administratif contenant l'exposé des principes généraux, leurs motifs et la solution des questions théoriques*, *op. cit.*, préface, p. XI.

Il reste, en dernière analyse, que cette démarche apparait d'autant plus légitime pour les auteurs de manuels, à partir du moment où ils défendent unanimement l'existence d'un droit naturel au fondement du droit positif[196]. En d'autres termes, la loi constitutionnelle, au niveau cette fois le plus élevé de la hiérarchie des normes, constitue la traduction dans le droit positif, d'une philosophie politique et le pouvoir constituant doit toujours s'efforcer d'atteindre les lois dictées par la nature des choses et prescrites par les philosophes[197]. Une distinction est ainsi établie entre les données de la nature invariables et les données du droit positif contingentes, même si ces dernières doivent toujours tendre vers les premières[198].

En pratique, devant la multiplication des régimes constitutionnels apparus dans une période courte, Firmin Laferrière, pour ne prendre qu'un exemple sur ce dernier point[199], constate

---

[196] Par exemple, au travers de son manuel publié en 1855, le Doyen Foucart défend une vision *jusnaturaliste* du droit et considère que les citoyens sont titulaires de droits naturels et divins. A titre principal, il montre qu'il existe, chez tout individu, des droits « *permanents et des droits variables, des droits universels et des droits qui ne le sont pas* ». Plus précisément, « *tout individu possède et porte partout les premiers, à ce titre seul qu'il est né de l'homme et dresse son front vers les cieux. Les seconds ne s'attribuent à l'individu qu'à d'autres conditions, et il peut, sans que la raison ni la justice ne soient offensées, faire partie d'une société où il ne les possède point* ». Ainsi, l'homme possède non seulement des droits naturels tirés de la loi supérieure divine (la liberté, l'égalité et la propriété) mais également des droits politiques organisés de façon singulière au sein de chaque Etat (Foucart parle de la « *participation à la législation et à l'administration du pays* »). Il en résulte une organisation binaire de son propos dans l'analyse du droit administratif. Ainsi, Foucart précise : « *Je veux me placer entre les spéculations de la théorie pure et les détails trop minutieux de la pratique. Prenant pour base les vérités fondamentales que Dieu lui-même a révélé aux hommes ; j'y rattache les lois positives dont je développe les règles*». Voir E. V. Foucart, *Eléments de droit public et administratif : ou exposition méthodique des principes du droit public positif, op. cit.*, spéc., préface, p. II et p. 22- 23.

[197] En pratique, l'analyse de l'organisation positive des pouvoirs sous l'empire de la Constitution de 1852, repose, le plus souvent, sur des considérations générales préalables relatives aux principes qui permettent la meilleure forme de gouvernement. S'agissant par exemple du principe de séparation des pouvoirs, Laferrière traite dans un premier paragraphe de la séparation des pouvoirs, comme un objectif conforme à la nature même de la société. En d'autres termes, « *réaliser la séparation, les attributions respectives et l'harmonie nécessaire des pouvoirs sociaux, c'est l'idéal d'une constitution politique* ». Si les pouvoirs sont concentrés entre les mains d'un seul ou de quelques uns cela conduit nécessairement à l'arbitraire alors que la distribution entre les trois pouvoirs dans l'Etat - pouvoir exécutif, législatif et judiciaire -, permet un « *gouvernement libre* ». Une fois ce principe général posé, l'auteur peut entreprendre l'analyse positive des dispositions constitutionnelles sur l'aménagement des pouvoirs sous l'Empire. A cet égard, Laferrière consacre un paragraphe à l'esprit de la Constitution, en relatant avec précision, les évènements qui ont conduit à l'adoption de la Constitution de 1852. Voir M. F. Laferrière, *Cours de droit public et administratif mis en rapport avec les lois nouvelles et précédé d'une introduction historique*, *op. cit.*, p. 82.

[198] Voir sur ce point, P. Rossi, *Cours de droit constitutionnel professé à la faculté de droit de Paris*, Guillaumin et Cie, 1866, leçon d'ouverture, p. LII : « *les faits généraux de notre nature sont des données constantes, invariables, de tous les peuples et de toutes les époques. Les diverses conditions de la vie réelle, les erreurs humaines, les circonstances particulières peuvent en modifier profondément les résultats ; elles ne peuvent en détruire les principes* ».

[199] A côté de l'analyse des dispositions constitutionnelles, apparaît parfois un chapitre relatif au droit politique « *considéré en lui-même*» qui correspond en fait, à la description des soubassements philosophiques du droit public. A cette occasion sont rappelées les conditions de formation des sociétés politiques ainsi que leurs fins, à travers les théories du contrat social. Est développée l'idée selon laquelle, les lois de nature doivent être traduites dans les lois positives de sorte que l'organisation du pouvoir politique garantisse et protège les droits naturels et immuables de l'homme. Voir M. F. Laferrière, *Cours de droit public et administratif mis en rapport avec les lois nouvelles et précédé d'une introduction historique*, *op.cit.*, p. 1. Voir par ailleurs, E. V. Foucart, *Eléments de droit public et administratif, ou exposition méthodique des principes du droit public positif, op. cit.*, table des matières, p. 727. Foucart s'intéresse dans un premier chapitre aux « *bases philosophiques du droit public* ». Pour

qu'il a fallu intégrer quatre régimes constitutionnels différents à son étude : les Chartes de 1814 et 1830, la Constitution de 1848 et la Constitution de 1852. S'il montre que la tâche de l'observateur est peu aisée (présenter « *la théorie successive de quatre Constitutions qui différaient par leur origine, leurs principes et leurs vues d'organisation politique ou administrative*[200] »), il entend néanmoins insister sur le fait que tous les régimes constitutionnels qui se sont succédés préservent des principes communs, tirés de la nature des choses et traduit dans le droit positif au moment de la Révolution[201].

Finalement, la démarche entreprise par les juristes publicistes qui s'intéressent au « *droit public et administratif* » frappe par son homogénéité. Déclinée du général au particulier, c'est toujours la même méthode qui est appliquée. Pour appréhender les lois administratives particulières, il faut d'abord connaître les principes généraux du droit constitutionnel qui en constituent le fondement. Pour appréhender la constitution en vigueur il faut également partir de ces principes afin de vérifier s'ils sont toujours en vigueur[202]. Enfin au niveau le plus élevé, les principes issus de la Déclaration des droits de l'homme et de la Constitution de 1791 constituent la traduction dans le droit positif, du droit naturel[203]. Entreprendre l'exposé méthodique et scientifique du droit public, consiste donc à remonter aux fondements généraux des dispositions positives particulières jusqu'à leurs origines premières : les principes tirés de la nature des choses[204].

---

lui, « *l'homme est un être intelligent et libre, régi par des lois générales qui émanent de Dieu même, et dont la violation est punie soit dans ce monde, soit dans l'autre* ». Il existe les règles universelles qui émanent de Dieu et les règles de droit positif, produit de la volonté humaine.

[200] M. F. Laferrière, *Cours de droit public et administratif mis en rapport avec les lois nouvelles et précédé d'une introduction historique, op. cit.*, Introduction, p. II.

[201] *Ibid.* : « *au milieu des variations qui agitaient la scène du monde moderne, les principes qui tiennent à la nature de l'homme et à celle de la société humaine restaient immuables ; et s'ils se sont obscurcis quelquefois, ils retrouveraient bientôt dans le cœur de l'homme le besoin de croire à la nature immortelle, et dans son intelligence une disposition innée, irrésistible à chercher et à connaître la vérité* ».

[202] Voir A. G. D. Bouchené-Lefer, *Principes et notions élémentaires, op. cit.*, Avertissement, p. IX : « *Cette science ne consiste pas d'ailleurs uniquement dans l'étude de textes et de faits. Elle repose principalement sur des principes praticables et en partie nécessairement pratiqués chez tous les peuples (...) Ces principes actuellement sont ceux qu'ont posés les publicistes du dix-huitième siècle, et qu'a voulu appliquer chez nous la première Assemblée constituante* ».

[203] Sur ce point, voir E. Maulin, « L'invention des principes », *in* S. Caudal (Dir.), *Les principes en droit*, Paris, Economica, 2008, p. 25.

[204] « *En contemplant le Droit administratif dans sa propre nature* », nous dit à ce propos Laferrière, « ***nous nous sommes demandés s'il ne pouvait pas être exposé isolément ; si, par lui-même et abstraction faite de tout autre élément, il ne pourrait pas constituer une science, ou du moins une branche vivante de la science et de l'enseignement du Droit : mais nous nous sommes convaincus, d'abord que séparer le Droit administratif du Droit public national ou constitutionnel, ce serait lui enlever sa raison d'existence et sa base législative ; et de plus, nous avons aussi reconnu que séparer le Droit public des principes philosophiques, pris dans la nature de l'homme et de la société, ce serait lui enlever sa base scientifique : nous avons été ainsi ramené, par la nécessité logique, du Droit administratif au Droit public constitutionnel, et de celui-ci au Droit public***

B/ La société politique est l'organisation particulière des pouvoirs publics ayant pour but la préservation des droits naturels des individus

Dans un manuel de droit constitutionnel destiné aux étudiants de doctorat publié en 1887, Vincent Molinier s'efforce de justifier ce qu'il appelle une « *méthode philosophique*[205] » en montrant que le droit naturel est effectivement le fondement réel des constitutions positives[206]. Plus précisément, l'auteur de ce *Cours élémentaire de droit constitutionnel* souhaite conforter sa croyance en un droit naturel en montrant que le droit est l'expression de principes universels. Il s'agit de démontrer que les constitutions consacrent un droit naturel et ne correspondent pas au produit de la contingence historique qui les place dans le domaine des faits[207].

Pour ce faire, Molinier revient sur la démarche de l'Assemblée nationale constituante au moment de la Déclaration des droits de l'homme. Proclamant des droits sous forme de dogmes, on a pu reprocher à l'Assemblée de s'écarter de la démarche d'un législateur national, simplement chargé traditionnellement, d'adopter des lois propres au pays concerné[208]. En effet, les principes de philosophie sociale et de morale politique relèvent davantage de la spéculation doctrinale et n'ont pas leur place dans une constitution, dont l'objet est d'édicter des règles de législation positive[209]. En prétendant dégager « *dans une*

---

philosophique ». M. F. Laferrière, *Cours théorique et pratique de droit public administratif*, *op. cit.*, Introduction, p. VIII.

[205] V. Molinier, *Cours élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, Arthur Rousseau, 1887. Il relève que « *le droit est une science philosophique et historique ; nous ne le restreignons pas à une simple interprétation des textes ayant force de loi. On arrive par la philosophie, à l'aide d'une logique inductive, à la connaissance des principes fondamentaux, et, en s'aidant aussi d'une logique déductive, à la détermination de ce que ces principes embrassent et de leur portée d'application* ».

[206] *Ibid.*, introduction, p. 32 et suiv. : « *les principes du droit naturel s'expriment dans les lois positives qui les rendent notoires en les proclamant, qui les sanctionnent et qui en assurent l'observation par des moyens coercitifs, et, quand il convient de le faire, par des peines applicables à ceux qui les enfreignent. Les lois positives offrent des caractères qui leur sont propres. Elles émanent, dans chaque Etat, du pouvoir législatif qui leur donne une rédaction présentant des dispositions adaptées aux idées, aux mœurs, aux besoins, à l'état économique des peuples qu'elles doivent régir. Elles se modifient pour être en rapport, à chaque époque, avec l'état des sociétés qu'elles régissent. Elles subissent dès lors, l'action du temps, même celle des climats. Elles ont donc leur histoire tandis que les lois naturelles envisagées dans ce qu'elles ont d'absolu, en dehors des formes que leur expression revêt dans les lois positives, n'en ont pas* ».

[207] *Ibid.*, introduction, p. 6 : « *avant de tracer les caractères spéciaux du Droit constitutionnel et d'en exposer les principes et les règles qui en forment l'ensemble, il y a une question fondamentale qui s'impose et qu'on doit examiner préalablement parce qu'à la solution qu'on lui donnera se rattacheront les caractères fondamentaux des institutions qu'on aura à exposer.* ***La science du Droit repose-t-elle sur des principes absolus et immuables ou n'offre-t-elle que des faits historiques ? Y a t- il une science du droit ou n'y a-t-il qu'un empirisme, qu'un ensemble de règles positives offrant l'expression d'une volonté qui s'impose et qui règle, selon les appréciations, les rapports de toute nature qui s'établissent au sein de la vie sociale ?*** »

[208] *Ibid.*, p. 4 : « *le style ne peut pas être celui d'un traité de droit purement scientifique* ».

[209] Ces critiques reposent depuis Edmund Burke et Thomas Paine, sur l'idée selon laquelle les seuls droits qui bénéficient d'une protection effective sont ceux qui sont le fruit de l'histoire et pas de principes abstraits. Voir

déclaration solennelle, les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'homme[210]», les révolutionnaires auraient fait œuvre de doctrine, non de législateur. Sorte de guide doctrinal, à destination de tout Etat quel que soit le temps et le lieu, la Déclaration dépasse la cadre national en interrogeant l'Homme et sa nature[211]. « *Etat d'exception* », le moment révolutionnaire a l'ambition de faire table rase du passé et de fonder un ordre nouveau, capable d'organiser l'ensemble des bases d'une société politique. Il s'agit de substituer à l'évolution naturelle des institutions, une société rationnelle et volontaire. Le cours de l'histoire est interrompu, il faut écrire un ordre social et politique inédit[212] .

Le cœur de l'organisation politique moderne est dans l'individu. Non seulement il est détenteur de droits qu'il tient de la nature, c'est-à-dire indépendamment d'une quelconque reconnaissance de la part d'une autorité publique mais surtout, il s'agit de prévenir une éventuelle atteinte à ces droits en aménageant les règles relatives au pouvoir politique. De là, naîtront les deux premiers textes écrits de l'histoire constitutionnelle française : la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et la Constitution de 1791, c'est-à-dire assurer le passage de la déclaration solennelle des droits vers leur garantie effective à travers des règles positives qui encadrent la vie de l'Etat. Dès lors, la Déclaration de 1789 comme la Constitution de 1791 ont traduit effectivement un droit naturel dans le droit positif. Si le droit naturel est au fondement des principes de la Constitution révolutionnaire, il faut également admettre que toute constitution cherche nécessairement à s'en rapprocher. Expliquer la

---

par exemple, Ph. Raynaud, « Révolution française », *in* Ph. Raynaud, S. Rials (Dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, 3e éd., Paris, PUF, 2003, p. 670 et suiv.

[210] Voir le texte de la Déclaration des droits de l'homme, disponible sur le site internet de l'Université de Perpignan à l'adresse suivante : http://mjp.univ-perp.fr/france/ddh1789.htm.

[211] Molinier reprend sur ce point, une citation d'Adrien Duport, membre de l'Assemblée nationale constituante : « *Nous voulons faire une déclaration de droits pour tous les hommes, pour tous les temps, pour tous les pays et servir ainsi d'exemple au monde* ».
Voir par ailleurs le Préambule de la Déclaration : « *Les représentants du Peuple français, constitués en Assemblée Nationale, considérant que l'ignorance, l'oubli ou le mépris des droits de l'homme sont les seules causes des malheurs publics et de la corruption des Gouvernements, ont résolu d'exposer, dans une Déclaration solennelle, les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'Homme, afin que cette Déclaration, constamment présente à tous les membres du corps social, leur rappelle sans cesse leurs droits et leurs devoirs, afin que leurs actes du pouvoir législatif, et ceux du pouvoir exécutif, pouvant être à chaque instant comparés avec le but de chaque institution politique, en soient plus respectés ; afin que les réclamations des citoyens, fondées désormais sur des principes simples et incontestables, tournent toujours au maintien de la Constitution et au bonheur de tous* ». http://mjp.univ-perp.fr/france/ddh1789.htm.

[212] En ce sens Alexis de Tocqueville considère dans l'avant-propos de *l'Ancien Régime et la Révolution*, « *Les français ont fait en 1789 le plus grand effort auquel se soit jamais livré aucun peuple, afin de couper pour ainsi dire leur destinée, et de séparer par un abîme ce qu'ils avaient été jusque-là de ce qu'ils voulaient être désormais. Dans ce but, ils ont pris toutes sortes de précautions pour ne rien emporter du passé dans leur condition nouvelle ; ils se sont imposés toutes sortes de contraintes pour se façonner autrement que leurs pères ; ils n'ont rien oublié enfin pour se rendre méconnaissables* ». Voir A. de Tocqueville, *L'Ancien régime et la Révolution* (1856), Paris, Garnier- Flammarion, 1988, Avant-propos.

constitution d'un Etat en particulier à partir des principes de 1789, et il s'agit toujours de la démonstration de Vincent Molinier, est donc scientifique[213] et conforme à la réalité constitutionnelle française.

Deux exemples de manuels permettent d' illustrer en pratique, l'application de cette méthode qualifiée de philosophique par Molinier, dans l'analyse du phénomène constitutionnel.
En 1833, est publié le cours de Louis-Antoine Macarel intitulé *Eléments de droit politique*[214]. Il s'agit d'un cours dispensé à des élèves égyptiens dans le but de les former à la civilisation européenne puisqu'ils ont vocation à occuper des fonctions au sein de l'administration civile et des fonctions diplomatiques[215]. S'interrogeant sur la meilleure façon d'organiser son enseignement, Macarel constate qu'il n'existe aucun ouvrage susceptible de l'inspirer dans sa démarche à l'exception d'ouvrages de philosophie politique et les théories philosophiques du contrat social sur la formation de la société civile[216]. C'est alors à partir de cette littérature qu'il entend construire une pensée scientifique sur le droit politique : rassembler les notions essentielles qui intéressent le droit politique dans le but de présenter les principes applicables

---

[213] S'agissant de l'organisation des idées et notamment du plan retenu par Molinier, on constate une démarche plus rigoureuse que celle des premières monographies et qui fait montre d'un raisonnement qui passe du général au particulier. Il s'agit d'étudier successivement les principes fondamentaux proclamés par l'ensemble des constitutions, l'histoire du droit constitutionnel, la séparation des pouvoirs et une dernière partie sur le pouvoir constituant et le mécanisme des révisions constitutionnelles. Voir *Cours élémentaire de droit constitutionnel, op. cit.*
S'agissant par contre du fond, le raisonnement est le même que celui décrit jusqu'alors. Les principes généraux de la déclaration des droits de l'homme de 1789 ainsi que la Constitution de 1791 demeurent les fondements de la IIIe République. *Ibid*., p. 97 : « *En nous rattachant toujours aux doctrines qui affirment l'existence du droit naturel, nous allons retracer les principes fondamentaux que nos Constitutions ont proclamés dans certaines de leurs dispositions qui peuvent encore être considérées comme les fondements principaux du droit constitutionnel de notre époque* ». Sa démarche consiste à analyser les mutations de l'ordre politique après 1789 et la façon dont ces principes se sont maintenus. A Propos par exemple du premier principe dégagé, la souveraineté nationale, Victor Molinier organise son raisonnement de la façon suivante: Quelles sont les dispositions de la Constitution de 1791 relative au principe de souveraineté nationale ?; ce principe fait écho aux doctrine de Locke, Rousseau et Sieyès ; comment est-on passé de la souveraineté de droit divin sous l'Ancien régime, à la souveraineté du peuple avec la Révolution ; rappel des dispositions de la déclaration des droits de l'homme sur la souveraineté ; un tel principe est admis en Belgique, en Allemagne, en Suisse, en Espagne, en Italie ou en Angleterre. En d'autres termes, la première Constitution française consacre la doctrine philosophique de la souveraineté du peuple ; les mutations profondes de l'ordre ancien ont consisté à changer le titulaire du pouvoir suprême de commander dans l'Etat en substituant Dieu au peuple ; le principe de souveraineté nationale est d'application universelle puisqu'on le retrouve dans la plupart des Etats européens ; il est donc toujours en vigueur. *Ibid.,* p. 100 et suiv.
[214] L. A. Macarel, *Eléments de droit politique*, Paris, Nève, Libraire de la Cour de Cassation, 1833, 516 p.
[215] *Ibid.*, Préface, p. 1.
[216] *Ibid*. : « *Si quelques hommes de talent ou de génie* », note Macarel, « *ont posé les bases de la constitution des sociétés civiles ou politiques, et tracé les conditions de leur existence, personne n'avait songé jusqu'ici à rédiger les éléments de cette science, sans doute parce qu'on la considérait comme une sorte d'arcane pour les hommes d'état, et non comme une science destinée à devenir vulgaire* ».

à tout gouvernement[217] en Europe[218], à partir, entre autres, de la pensée d'Aristote, de Francis Bacon, Jean Bodin, John Locke, Nicolas Machiavel, ou Jean-Jacques Rousseau, mais également des *Commentaires sur les lois anglaises* de Blackstone ou du *Cours de politique constitutionnelle et Discours politiques* de Benjamin Constant.

L'objet de la matière, le droit public, est défini par Macarel comme « *le droit de la nature appliqué à l'organisation particulière et intérieure de chaque société civile*[219] » et l'auteur entend élaborer une science du « *droit politique* », constituée de « *l'ensemble des principes qui régissent cette organisation*[220] ». En d'autres termes, le droit politique consiste à présenter les principes qui s'imposent par la nature des choses et qui sont au fondement de toute société politique.

Il en ressort un plan divisé en trois titres qui renvoient à la formation de la société civile, à la détention du pouvoir et à l'organisation de la société politique : « *Des sociétés civiles ; de la Souveraineté ; du Gouvernement* ». Adhérant aux théories de l'état de nature[221], Macarel considère que la société civile naît de l'association des individus qui, par une convention originelle, crée la puissance souveraine dont la mission essentielle consiste à garantir la paix et la sûreté de chacun. Le premier besoin des hommes réunis en société est celui d'un pouvoir organisé, chargé de garantir et faire respecter leurs droits[222]. Mais pour accomplir cette fin - protéger les droits absolus de l'homme - l'Etat peut revêtir des formes et mettre en œuvre des moyens, plus contingents.

Dans le fond, son raisonnement symbolise l'idée selon laquelle tout gouvernement formé par la volonté des hommes a pour objet de préserver les droits immuables qui trouvent leur source

---

[217] *Ibid.*, p. X : « *Les gens instruits goûteront peut-être quelque plaisir à reconnaître ainsi, chemin faisant, et sans autre assistance que celle de leur mémoire, les idées et jusqu'au style des auteurs dont ils se sont nourris ; pour ceux qui n'ont point cette instruction, il doit leur importer peu que tel ou tel ait ainsi parlé ou écrit ; il leur suffit d'avoir un ensemble de principes aussi certains que le permet la matière, un tout conséquent dans ses déductions* ».

[218] Sur ce point, Macarel prend soin de préciser au terme de sa préface, qu'il a voulu faire connaître « *les principes qui régissent les gouvernements constitutionnels en Europe* ». Il ajoute qu'il n'a pas « *prétendu leur offrir un système de règles également et immédiatement applicables au gouvernement de tous les pays. Je sais, et j'ai eu grand soin d'instaurer sur ce point dans le cours de mon enseignement, que les institutions politiques ont besoin, pour prospérer, d'être appropriées aux mœurs et aux lumières de la nation à laquelle on les destine* ». *Ibid.*, Préface, p. XIV.

[219] *Ibid.*, p. 1.

[220] *Ibid.*

[221] *Ibid.*, Appendice p. 502 : « *je pensais qu'il est impossible de devenir un bon administrateur et un homme d'Etat, si, d'abord, on étudie pas l'homme en lui-même, sa nature, ses penchants, ses devoirs envers Dieu, envers lui- même, envers les autres, car c'est sur l'homme, par l'homme et pour son bonheur, que s'exerce partout la fonction de l'administrateur* ».

[222] *Ibid.*, p. 7 : « *Le but de la société civile* », relève Macarel, « *n'est donc autre que la pratique paisible des maximes du droit naturel, ou, en d'autres termes, que la paix et la sûreté de chacun, d'où résulte la félicité publique* ».

dans la nature, mais les moyens pour parvenir à ce but, peuvent varier en fonction de la forme de gouvernement. En d'autres termes, l'organisation relative des pouvoirs publics doit s'assurer du respect des droits universels des individus. Ce sont ces derniers qui constituent l'élément invariable de tout régime constitutionnel et qui fixent à tout gouvernement, un dessein identique.

Macarel réalise donc un ouvrage de philosophie politique au sein duquel il présente la meilleure société politique, c'est-à-dire celle qui assure une juste conciliation entre l'exercice du pouvoir et la préservation des droits des citoyens. Il ne s'agit pas véritablement de décrire les institutions consacrées par la Charte de 1830 en vigueur, mais l'ensemble des combinaisons possibles qui réalisent, avec plus ou moins de complétude, les principes idéaux qui gouvernent à l'organisation et au fonctionnement des pouvoirs publics.

En 1846, Denis Serrigny publie un *Traité de droit public des français*[223], qui se veut plus à même de rendre compte de la réalité du régime constitutionnel tel qu'institué par la Charte, même s'il défend l'existence d'un droit naturel au fondement des sociétés politiques. En ce sens dès l'avant-propos, Serrigny précise que l'intitulé de l'ouvrage *Droit public des français*, « *est tiré de la première rubrique de la Charte*[224] ».
Théoriquement, l'auteur défend l'idée générale selon laquelle la société politique est le résultat de l'évolution naturelle de l'homme[225], qui est un être libre et doué de raison. Par nature[226], il est un être sociable et la vie en société contribue à améliorer sa condition tout au long de son évolution biologique[227]. En d'autres termes, Serrigny montre que la vie sociale est à la fois le moyen et la fin d'accéder au bonheur[228]. Ainsi, la société civile n'a pas pour seul

[223] D. Serrigny, *Traité de droit public des français*, 2 vol., Paris, Joubert, 1846.
[224] *Ibid.*, t. 1, Avant propos.
[225] *Ibid.*, p. 4 et suiv. : « *Que l'homme soit un être sociable, c'est-à-dire né pour vivre en société, c'est ce que démontre l'expérience de tous les temps et de tous les lieux* ». (…) Il ajoute, « *la réunion en société est donc favorable à la population, au développement physique et intellectuel de l'homme* ».
[226] Sur ce point, Serrigny considère que « *le loi naturelle la plus importante, celle qui est la base et le fondement de toutes les autres, est la sociabilité, ou la tendance de l'homme à vivre avec ses semblables* ». *Ibid.*, p. 19.
[227] C'est la raison pour laquelle Serrigny réfute les théories du contrat social dans la mesure où il pense la société, comme un état naturel et où il rejette la fiction du contrat comme fondement de l'Etat civil. «*La nature de l'homme, en général, étant donnée avec les conditions de l'espace et du temps, la formation des sociétés civiles n'est point un fait accidentel et contingent, purement volontaire de sa part ; mais un fait providentiel, un ordre conforme aux lois qui régissent la nature de l'homme* (…) *En se réunissant en société, les hommes n'ont fait qu'obéir aux lois de Dieu leur créateur, pour accomplir la fin à laquelle ils étaient destinés* ». *Ibid.*, p. 11.
[228] *Ibid.*, p. 19 : « *L'homme isolé est faible et sans force contre tout ce qui l'environne; réuni en société, il enfante toutes les merveilles dont nous sommes témoins* ». *Ibid.*, p. 5. Il ajoute, « *que l'état social est le résultat direct de la sociabilité de l'homme, et qu'en y entrant, il n'a fait qu'obéir à une loi qui lui était imposée par l'auteur de son être, c'est-à-dire Dieu. En d'autres termes, la loi naturelle la plus importante, celle qui est la*

but de préserver les droits individuels des citoyens, elle leur offre également des droits sociaux[229]. Pour cette raison, l'auteur distingue deux sortes de droits, les droits individuels (droits publics) et les droits sociaux (droits politiques[230]). Cette distinction permet notamment de mettre en valeur l'idée selon laquelle si les premiers sont absolus[231], les seconds doivent être conciliés avec les exigences de la vie sociale[232].

Il s'agit alors de rendre compte des droits et libertés et de l'aménagement de règles d'organisation et de fonctionnement des pouvoirs publics, à même de garantir le respect de ces droits[233].

De façon appliquée, Serrigny montre que la Révolution française a consacré les préceptes théoriques relatifs à la formation de la société politique. Notamment, il relève que « *la Révolution française n'a rien changé à la théorie des principes qui doivent présider à la formation des sociétés politiques, parce que l'essence des choses ne change pas, et que l'homme aura toujours une double nature, individuelle et sociale*. *La liberté civile, politique, industrielle, répond à sa nature individuelle ; et la société civile, politique, industrielle, répond à sa nature sociable. La révolution a seulement, par l'émancipation qu'elle a fait pénétrer dans les masses, révélé la supériorité du droit sur la force, introduit le principe d'égalité à la place du privilège, et ouvert la porte au rationalisme en politique, en*

---

base et le fondement de toutes les autres, est la sociabilité, ou la tendance de l'homme à vivre avec ses semblables ».

[229] *Ibid.*, p. 14 : « *Cette manière d'envisager la formation des sociétés civiles ou politiques conduit à leur donner un but plus noble et plus élevé que celui qu'on leur assigne ordinairement. La plupart des publicistes n'ont vu dans l'ordre social qu'un moyen de protéger les droits des individus contre les violences de leurs semblables. Sans doute, c'est là une des fins de la réunion des hommes en société ; mais, à mon avis, ce n'est pas la seule ni la plus importante. Les états forment aussi des centres d'activité ; ils représentent des personnalités qui ont une volonté et une force considérables, et qui contribuent à faire avancer l'humanité vers le progrès auquel elle est destinée, progrès que les hommes isolés ne pourraient jamais atteindre. Cette opinion conduit aussi à faire considérer le pouvoir social comme une force alternative, positive, et non comme une simple négation ou neutralisation des atteintes portées aux droits des individus* ».

[230] Pour cette raison, Serrigny ne réduit pas la nécessité de la vie sociale à la préservation des droits individuels : « *Cette opinion conduit aussi à faire considérer le pouvoir social comme une force affirmative, positive, et non comme une simple négation ou neutralisation des atteintes portées aux droits des individus* ». *Ibid.*, p. 13.

[231] *Ibid.*, p. 132. : « *Ces droits que la constitution qualifie de publics ne doivent pas être confondus avec les droits politiques : ils appartiennent à tous les français sans distinction d'âge ni de sexe ; ils n'ont trait à l'organisation des pouvoirs sociaux ; en un mot sont absolus* ».

[232] *Ibid.*, p. 15 : « *L'homme, en agissant dans le cercle des lois imposées à sa nature, reste libre dans la sphère de son activité. Il en est de l'homme comme de tous les pouvoirs humains, qui ont une sphère dans laquelle ils peuvent librement développer leur action, et hors de laquelle ils sont impuissants : il faut concilier ici, comme partout, le principe de la liberté de l'homme individuel avec les éléments nécessaires qui influent sur le problème de la destinée de l'humanité* ».

[233] *Ibid.*, p. 133 : « *L'ensemble des droits publics peut se résumer en un seul mot, la liberté ; l'ensemble des droits politiques peut s'exprimer de même par ce mot unique, le pouvoir, pris dans un sens étendu. Concilier les droits individuels ou la liberté avec le droit social ou le pouvoir, voilà, comme je l'ai déjà dit, le problème à résoudre dans toute société politique* ».

philosophie, en religion[234] ». De la même façon, il entend montrer que la Charte de 1830 distingue bien les droits individuels et les droits sociaux. S'agissant des premiers, la constitution les a consacrés dans une rubrique « *droit public des français* : *l'égalité devant la loi, la liberté individuelle, la liberté religieuse, la liberté de la presse, et l'inviolabilité du droit de propriété*[235] ». Les droits sociaux se déduisent quant à eux, de l'organisation des pouvoirs publics, c'est-à-dire au travers des règles relatives aux « *formes du gouvernement du Roi, à la chambre des pairs, la chambre des députés, les ministres et l'ordre judiciaire*[236] ».

Pourtant, dans le fond, Serrigny consacre l'essentiel de son raisonnement aux droits individuels. Notamment, le plan de l'ouvrage est construit autour de l'ensemble des droits consacrés par la Charte : « *la nationalité, l'égalité devant la loi, la liberté individuelle, le droit d'association et de réunion, la liberté de la presse, d'enseignement et de propriété*[237] ». A titre principal, Serrigny présente le fondement d'un droit ou d'une liberté avant de vérifier dans l'histoire et le droit, quelles ont été ses manifestations essentielles[238]. Parallèlement, il s'efforce toujours de montrer comment le droit parvient à concilier la jouissance d'un droit individuel avec les limites nécessaires de la réglementation dans l'état social. Par exemple, à propos de la liberté individuelle, Serrigny présente les dispositions relatives aux arrestations et à l'emprisonnement[239].

Dès lors, Serrigny ne s'intéresse qu'aux droits individuels, à la seule partie de la Charte intitulée « *Droits publics des français* », en laissant de côté la forme particulière des pouvoirs publics[240].

---

[234] *Ibid.*, p. 129.
[235] *Ibid.*, p. 131.
[236] Voir le texte de la Charte constitutionnelle de 1830 : http://mjp.univ-perp.fr/france/co1830.htm
[237] Voir la table des matières du *Traité de droit public des français, op. cit.*, p. 590 et suiv.
[238] Le plan du Titre III – *de la liberté individuelle*, est ainsi construit :
« *Chap.I. Législation antérieure ; principes de la matière*
Chap. II. Des agents qui peuvent ordonner ou opérer l'arrestation
Chap. III. Des formes suivant lesquelles on peut être privé de sa liberté
Chap. IV. Des dispositions exceptionnelles en matière de liberté individuelle
Chap. V. Des lieux d'incarcération
Chap. VI. Des garanties contre les arrestations illégales ».
[239] *Ibid.*, p. 350 et suiv.
[240] *Ibid.*, Conclusion, p. 531 : « *Les droits qui font la matière de cet ouvrage ne concernent point la forme donnée par la Charte à l'organisation des pouvoirs politiques ; ils ne sont que les fondements de l'ordre constitutionnel destinés à les protéger. Il existe entre les droits publics et l'organisation politique les mêmes rapports qu'entre les fondations d'un édifice et la superficie. Le tout se tient et forme un ensemble qui parait inséparable, et dont chaque partie est destinée à soutenir et à consolider l'autre. Cependant la forme extérieure de l'édifice peut être modifiée, quoique les fondements restent les mêmes, ainsi que nous en avons fait plusieurs fois l'expérience depuis un demi-siècle* ».

Finalement, ce sont autour des droits individuels que l'homme tient de la nature que ces derniers auteurs fondent des lois qu'ils jugent scientifiques : elles sont universelles[241]. Seuls ces droits méritent un traitement rigoureux au sein des manuels de l'époque, l'organisation particulière des pouvoirs publics quant à elle, relève du contingent et de la spécificité de chaque Etat. Traitée plus rapidement, l'organisation constitutionnelle et positive des pouvoirs publics n'est que l'illustration « *d'une loi scientifique générale* » consacrée par la Déclaration des droits de l'Homme de 1789 : « *le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme*[242] ». Elle est le moyen qui permet de garantir les droits individuels[243].

§2/ Les principes du droit de l'organisation et du fonctionnement des pouvoirs publics en France

En abandonnant l'analyse de la société politique à partir de principes supérieurs imposés par la nature des choses, c'est une seconde approche qui peut être identifiée dans la littérature juridique du XIXe siècle. Fondée, à titre principal, sur l'histoire et l'observation réelle du phénomène constitutionnel, elle se veut plus scientifique et surtout, plus opératoire. D'abord, elle permet d'induire, à partir de l'organisation constitutionnelle nationale, des principes propres au système français (A). Ensuite, elle est plus adaptée à l'étude du régime de la IIIe République apparu en 1875 qui laisse à la pratique, le soin de déterminer et de confirmer certaines règles qui n'ont pas été fixée par les Lois constitutionnelles de 1875 (B). Davantage tournée vers l'organisation et le fonctionnement des pouvoirs publics, la littérature concernée rompt alors avec une lecture universelle de la société politique, même si elle n'abandonne pas pour autant, l'identification de principes généraux et abstraits.

---

[241] Voir sur ce point, V. Molinier, *Cours élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, Arthur Rousseau, 1887, p. 97 et suiv. : « *En nous rattachant toujours aux doctrines qui affirment l'existence du droit naturel, nous allons retracer les principes fondamentaux que nos constitutions ont proclamés dans certaines de leurs dispositions qui peuvent encore être considérées comme les principes fondamentaux du droit constitutionnel de notre époque. Ces principes sont ceux qui furent proclamés en 1789 par l'Assemblée constituante et qui se trouvent en tête de la Constitution du 3 septembre 1791* ».

[242] Voir le texte de la Déclaration, diponible sur le site de l'Université de Perpignan à l'adresse suivante : http://mjp.univ-perp.fr/france/ddh1789.htm.

[243] Voir sur ce point, C. Bon-Compagni, « Préface », *in* P. Rossi, *Cours de droit constitutionnel professé à la faculté de droit de Paris*, 4 vol., Paris, Guillaumin et Cie, 1866, Introduction, p. VIII : « *L'idée nouvelle dont la conscience humaine est pénétrée, c'est que les constitutions des Etats doivent garantir la liberté des nations et des individus : que désormais l'autorité des gouvernements ne saurait être acceptée que comme un moyen d'atteindre ce but, le seul qui réponde à la dignité de notre nature* ».

A/ L'induction de lois générales à partir de l'observation de l'histoire constitutionnelle nationale

Dès la première leçon de son *Cours de droit constitutionnel*[244], Pellegrino Rossi précise que c'est en utilisant l'histoire constitutionnelle nationale (1), qu'il s'est efforcé de dégager des lois générales relatives à l'organisation et au fonctionnement des pouvoirs publics (2).

1/ Une lecture historique des règles du droit constitutionnel en vigueur

Le « *décret Guizot* » du 21 août 1834, qui attribue à Pellegrino Rossi la première chaire de droit constitutionnel en France, est très précis quant à l'objet de cet enseignement : « ***l'objet et la forme de cet enseignement sont déterminés par son titre même ; c'est l'exposition de la Charte et des garanties individuelles comme des institutions politiques qu'elle consacre. Ce n'est plus là pour nous un simple systême philosophique livré aux disputes des hommes ; c'est une loi écrite, reconnue, qui peut et doit être expliquée, commentée aussi bien que la loi civile ou toute autre partie de notre législation.*** *Un tel enseignement, à la fois vaste et précis,* (…) *doit substituer aux erreurs de l'ignorance et de la témérité des notions superficielles des connaissances fortes et positives*[245] ». Ainsi, la démarche de l'enseignant doit s'inscrire dans une stricte exégèse de la loi positive, c'est-à-dire qu'il doit s'en tenir à la présentation des droits individuels garantis aux citoyens ainsi qu'à l'organisation des pouvoirs publics[246], conformément aux différentes subdivisions de la Charte de 1830[247]. Il ne s'agit pas, en d'autres termes, d'essayer de déterminer l'essence des institutions ou de rechercher les soubassements philosophiques de la société politique, mais de procéder à un strict

[244] *Ibid.*

[245] *Ibid.*, Introduction, p. V ; Voir également, P. Lavigne, « Le comte Rossi, premier professeur de droit constitutionnel français (1834-1845), *in Histoire des idées et idées sur l'histoire. Etudes offertes à Jean- jacques Chevallier*, Paris, Cujas, 1977, p. 174.

[246] Voir par exemple, A. Batbie, *Précis du cours de droit public et administratif*, Paris, Cotillon, Libraire du Conseil d'Etat, 1869, p. 5 et suiv. ou M. L. Cabantous, *Répétitions écrites sur le droit administratif contenant l'exposé des principes généraux, leurs motifs et la solution des questions théoriques*, 5e éd., Paris, A. Marescq Ainé, 1873, p.21 et suiv.

[247] La Charte de 1830 contient un premier titre intitulé « *Droits publics des français* » où sont énoncés les droits et libertés des citoyens avant l'ensemble des règles relatives aux pouvoirs publics parmi lesquelles, « *Formes du gouvernement du roi* », « *De la Chambre des pairs* » ou « *De la Chambre des députés* ». Voir le texte de la Charte de 1830 disponible sur le site internet de l'Université de Perpignan à l'adresse suivante : http://mjp.univ-perp.fr/france/co1830.htm.

commentaire de la Constitution écrite[248]. En filigrane, l'encadrement de l'enseignement permet de conforter la légitimité de la Charte, en évitant de l'évaluer à partir des principes hérités des Lumières.

La publication du *Cours de droit constitutionnel*[249] s'inscrit dans ce programme d'enseignement. Loin de défendre une stricte méthode exégétique et un discours qui se contente de retranscrire le seul droit positif national, Rossi pense au contraire que l'enseignement à l'Université doit envisager le droit certes dans sa dimension positive, mais également au travers des apports de la philosophie, de l'histoire ou du droit international[250]. En effet, à l'occasion de sa leçon d'ouverture - ce cours est publié en 105 leçons - l'auteur distingue différentes approches qui permettent d'appréhender la société civile.
La première, la plus ambitieuse, entreprend de rechercher, et ce sont les termes de Rossi, « *le développement hypothétique de l'humanité* » conformément à une approche « *spéculative et philosophique*[251] ». Elle vise à dégager « *les faits généraux de notre nature qui sont des données constantes, invariables, de tous les peuples et de toutes les époques*[252] », c'est-à-dire

[248] L'influence du politique sur l'enseignement se mesure à l'opportunité d'inscrire un cours de droit constitutionnel à l'Université mais peut aussi se manifester de façon plus ténue : quant au choix de la méthode à utiliser pour dispenser ce cours et quant aux personnes qui seront chargées de l'enseigner.
A propos de la méthode préconisée, il s'agit d'organiser la transmission d'un savoir neutre et d'éviter la comparaison qui court le risque de dégager un jugement de valeur. En effet, un tel jugement n'est rendu possible qu'à travers la comparaison des règles en vigueur, soit avec celles d'un régime antérieur ou étranger, soit avec des principes plus généraux et abstraits. Un régime éloigné des principes sera considéré comme mauvais et un régime se rapprochant de la concrétisation de ces principes sera considéré comme bon. Ce genre de démarche ne s'en tient pas à la description de ce qui est, mais suggère une théorie constitutionnelle orientée vers ce qui devrait être. Elle représente le curseur à partir duquel on va pouvoir évaluer le droit en vigueur. Un décalage trop manifeste entre les principes de l'ordre naturel et les règles constitutionnelles, met inévitablement en cause la légitimité du régime instauré.
[249] P. Rossi, *Cours de droit constitutionnel professé à la faculté de droit de Paris*, *op. cit.*
[250] D'une façon générale, Rossi considère que « *l'intelligence humaine, comme l'œil physique, ne se développe et ne se perfectionne que par l'exercice. L'esprit de celui qui n'a jamais essayer de planer sur le domaine de la science de l'universel et d'en saisir l'ensemble, finit par se rapetisser et s'engourdir. Ce qu'il y a eu d'incomplet dans une éducation intellectuelle reparaît toujours.* (…) *Il est aussi vrai que de toutes les études spéciales, celle du droit positif, par la multiplicité de ses détails et la variété des matières, serait une des plus dangereuses pour l'éducation de notre esprit, si, en pénétrant dans ce dédale de faits particuliers, on brisait le fil de l'histoire et on perdait de vue les points culminants pour lesquels la philosophie nous apprend à nous guider et à éclairer notre marche. La jeunesse française n'est pas condamnée à des études imparfaites*. (…) *Les études philosophiques ou spéculatives, les études historiques, l'histoire du droit, le droit ancien, en particulier celui de Rome, le droit international et les diverses branches du droit positif national, offrent à l'esprit de la jeunesse une nourriture aussi variée que substantielle. Alors même qu'on pourrait dans cet ensemble apercevoir encore quelque lacune* (…), *toujours est-il que, par un choix intelligent, il est possible d'allier avec profit les études positives, aux études philosophiques* ». *Ibid*., Leçon d'ouverture, p. LV-LVI.
[251] *Ibid*., Leçon d'ouverture, p. LII.
[252] *Ibid*.

les conditions universelles de formation des sociétés civiles, quelles que soient les conditions de temps, de lieu ou l'ensemble des valeurs des peuples de chaque Etat[253].

A l'inverse, la seconde, plus humble, se contente de décrire « *le développement positif de l'humanité*[254] » à travers la réalité de la formation et de la consolidation de la société civile. Il s'agit dans ce cas, d'interroger le degré de civilisation propre à chaque peuple et les caractéristiques sociales, idéologiques et juridiques d'un Etat en particulier[255].

Ainsi, alors que la première méthode vise le « *résultat logique des données invariables de notre nature* », la seconde méthode détermine le « *résultat historique des éléments de la nature humaine*[256] ».

En ce qui concerne plus particulièrement l'étude réelle de la société - la seconde méthode - on peut encore se placer à deux niveaux différents, suivant le degré de prétention théorique[257]. Au niveau le plus élevé, l'observateur s'efforce de rendre compte de l'évolution des nations dans toutes leurs phases historiques et procède par généralisation, reliant ainsi la connaissance des faits et l'esprit de synthèse théorique[258]. A un niveau moindre, l'analyse des faits est circonscrite à un seul Etat dans sa réalité du moment. Il s'agit de la description de la société, du droit et des institutions telles qu'elles sont[259].

A la suite de ce propos général sur la méthodologie, Rossi explicite la méthode qu'il entend personnellement suivre dans l'analyse du droit constitutionnel qu'il est chargé d'enseigner. D'emblée, l'auteur définit le droit constitutionnel comme ayant pour objet la « *révélation vivante du développement d'un grand peuple, dans une période donnée de son existence*[260] »

---

[253] *Ibid.*, p. LII-LIII : « *Le droit spéculatif, en d'autres termes le développement hypothétique de l'humanité, représente, en quelque sorte, une ligne droite et constante, dont l'espèce humaine mise à l'œuvre sous l'empire des diverses conditions de la vie réelle, s'est toujours plus ou moins écartée* ».

[254] *Ibid.*, p. LIII.

[255] *Ibid.* : « *C'est par la religion, par les mœurs, par les institutions civiles et par le droit proprement dit, soit coutumier, soit écrit, que se révèle la vie pratique des nations, ce qu'on peut appeler la loi de leur développement positif, par opposition à celle du développement hypothétique* ».

[256] *Ibid.*

[257] *Ibid.*, p. LIV : « *En se concentrant dans l'étude des faits sociaux, on voit que cette étude peut être dirigée vers plus d'un but, envisagée sous des points de vue fort distincts. Selon le point de vue où l'on se place, les apparences changent, l'horizon s'agrandit ou se rétrécit. Le pays qu'on explore est toujours le même, la perspective est différente* ».

[258] *Ibid.* : « *Ces grands travaux à la fois historiques et philosophiques forment l'anneau de communication entre la connaissance des faits et la science des principes, entre la philosophie et l'histoire, entre la théorie et la pratique* ».

[259] *Ibid.*, p. LV : « *Alors ce ne sont plus les grandes lignes, les sommités et les masses qui s'offrent principalement au regard de l'observateur ; il aperçoit les détails, les sinuosités, les routes, les écueils* (…) *En d'autres termes, c'est l'étude des faits sociaux, de la religion, des institutions, du droit public et privé de son pays, faite dans le but de connaitre les règles de la vie pratique, les principes sociaux qui nous régissent, les applications qui nous distinguent de toute autre société civile* ».

[260] *Ibid.*, p. LVII.

et considère que l'appréhension de cette discipline ne doit se cantonner à la transmission des seules règles du droit positif en vigueur. En réalité, démontre Rossi, le régime constitutionnel de la Charte de 1830 repose sur un processus historique continu qui commence en 1789 et au travers duquel le peuple français s'est efforcé de tirer les leçons de l'histoire et de la philosophie, pour toujours atteindre le meilleur gouvernement possible[261]. Aussi, couper la connaissance du droit positif en vigueur des enseignements de l'histoire constitutionnelle[262] et de la philosophie politique, ne permet pas de prendre toute la mesure du phénomène constitutionnel. Pour cette raison, si Rossi entend rendre compte du droit positif en vigueur, en laissant de côté tout soubassement philosophique, il utilise néanmoins l'histoire dans le but de dégager quelques principes[263]. Dès lors, loin de s'en tenir à une stricte description des institutions politiques et aux garanties individuelles organisées par la Charte de 1830[264], la démarche de Rossi lui permet de dégager des principes généraux à partir certes du droit positif national, mais surtout des leçons de l'histoire constitutionnelle nationale[265].

---

[261] *Ibid.* : « *Quand on songe à la place que le peuple français occupe depuis des siècles dans l'histoire de l'humanité, quand on songe que c'est le travail lent et successif de plusieurs générations de cette grande famille qui est venue en 1789 se résumer dans les irrésistibles efforts de la nation française vers une meilleure organisation sociale et politique, enfin quand on songe que c'est principalement dans le code constitutionnel que se trouvent consacrés les résultats de ces combats immortels, certes on n'imaginera pas que le droit public français soit un fait que le philosophe puisse méconnaitre et l'historien négliger* ».

[262] *Ibid.*, p. LVII : « *Il n'est point d'évènement qui brise d'une manière absolue la chaîne des temps et des faits. La création et la destruction de ce qui existe ont également leur cause dans les faits préexistants, et ce n'est point soumettre l'humanité au spectre inexorable du fatalisme que de reconnaître que l'activité spontanée de l'homme est sollicitée par les avantages qu'il désire et par les inconvénients qu'il éprouve* ».

[263] *Ibid.*, p. LIV : « *Placés en dehors des luttes politiques, spectateurs, nullement acteurs, nous demanderons aux lois, non des théories et des thèses spéculatives, mais les principes positifs du droit existant ; nous demanderons à l'histoire des éclaircissements pour le jurisconsulte, non des armes pour la polémique, qui nous est et doit nous rester complètement étrangère ; nous chercherons dans l'histoire l'explication de ce qui est ; nous n'y chercherons ni des regrets, ni des prédictions* ».

[264] Si Rossi pense que la méthode exégétique a certains mérites, notamment celui de permettre une connaissance précise de l'ensemble des détails de la législation, il considère néanmoins que ces données doivent être organisées dans un « *ordre rationnel*. » Celui- ci est « *essentiel et nécessaire toutes les fois qu'on veut découvrir et mettre en saillie les principes divers qui dominent une matière, qu'on veut en juger la portée, et surtout qu'on veut reconnaître avec exactitude leurs points d'intersection* ». *Ibid.*, Vingt- cinquième leçon, p. 7.

[265] *Ibid.*, Deuxième leçon, p. 18 : « *C'est ainsi, je crois, que nous devons procéder, c'est en descendant ainsi le fleuve de l'histoire humaine, en tenant nos yeux toujours fixés sur cette idée - L'Etat - que nous rencontrerons en son temps et en son lieu la France, le berceau de l'Etat français. C'est en procédant de la sorte que nous pourrons en suivre nettement les progrès, le développement, que nous pourrons reconnaître, sans crainte d'erreur, parce que la carte sera toute entière déployée devant nous, quels sont les principes que l'Etat français a repoussés, quels sont les principes qu'il a successivement adoptés, modifiés, propagés* ».

2/ Le principe d'unité nationale : principe général de l'organisation politique nationale

Dans le fond, l'organisation de la pensée de Pellegrino Rossi est articulée autour de la distinction entre les droits publics[266] ou droits et libertés individuelles[267] et les droits politiques, droits dégagés de l'organisation et du fonctionnement des pouvoirs publics. Précisément, l'Etat (considéré par Rossi comme « *une loi naturelle de l'humanité, c'est-à-dire un moyen de développement et de perfectionnement pour l'espèce humaine* »), dès lors qu'il est doté d'une constitution[268], repose sur une organisation sociale et une organisation politique. Le lien entre ces deux organisations correspond à un rapport de moyen permettant d'arriver à une fin. Ainsi, au travers de la société politique[269] - le moyen - le but des individus est de parvenir à une organisation sociale déterminée. Indépendandemment néanmoins, on trouve des droits publics rattachés à l'organisation sociale et des droits politiques dans la sphère de la société politique. Par exemple, la liberté individuelle est un droit public et le droit de vote, un droit politique.

Afin de rendre compte de ces droits dans leur généralité, Rossi considère qu'ils peuvent être synthétisés autour de deux grands principes propres à l'organisation constitutionnelle française. L'égalité devant la loi, synonyme de liberté pour tous, correspond au principe qui domine l'organisation sociale[270] et le principe d'unité nationale caractérise l'organisation

---

[266] *Ibid.*, p. LXX : « *La matière du droit constitutionnel se partage donc naturellement en deux grandes sections : l'organisation sociale et l'organisation politique, la nation et le pouvoir, le but et le moyen, la chose et la garantie* ».

[267] Ce sont les droits publics qui sont d'abord envisagés dans la mesure où cet ordre correspond à l'histoire constitutionnelle nationale. Ainsi la Révolution entend consacrer des droits qui n'existent pas jusqu'alors et la Constitution énonce ces droits le plus souvent en tête, avant les droits politiques. *Ibid.*, p. LXXI-LXXII.

[268] Dans son sens le plus étroit, Rossi définit la constitution comme « *le loi des pays libres, des pays qui ont échappé au règne du privilège et qui sont arrivés à l'organisation d'un peuple jouissant de ses liberté* ». *Ibid.*, Première leçon, p. 8.

[269] *Ibid.*, Première leçon, p. 8-9 : « *L'organisation sociale c'est le but, non le but primitif qui est le développement de l'humanité, mais le but immédiat. Quel est le moyen ? C'est l'organisation politique ; en d'autres termes, l'organisation sociale étant donnée, comment peut-elle exister, comme peut-elle être garantie contre les excès de l'individualité, contre l'abus de la force individuelle, contre les intérêts complètement divergents ? Evidemment elle ne peut être garantie que par la volonté et la force générales : il faut donc une puissance publique. La garantie se trouve dans l'organisation de cette puissance publique, en d'autres termes, dans l'organisation politique* ».

[270] *Ibid.*, Dix- septième leçon, p. 260 : « *L'égalité devant la loi est un principe fixe, constant, la somme des droits publics, on le conçoit, peut s'élever ou s'abaisser dans une société donnée selon les circonstances* ». Afin de conforter la pertinence de l'égalité civile comme fondement des droits publics, Rossi montre qu'elle est consacrée à l'article 1er de la Charte et qu'elle est déclinée dans d'autres articles comme des corollaires : « *Ainsi quand on dit plus bas qu'ils contribuent indistinctement, et non seulement indistinctement, mais dans la proportion de leur fortune, aux charges de l'Etat, on tire un corollaire du principe de l'égalité. Quand on dit à l'article 3 qu'ils sont tous également admissibles aux emplois civils et militaires, on tire un deuxième corollaire du principe de l'égalité. Quand on dit que la liberté individuelle leur est également garantie, on vous indique un troisième corollaire. Et enfin on vous indique un quatrième quand on dit que chacun professe sa religion avec*

politique[271]. Conformément à une méthode historique, Rossi défend alors l'idée selon laquelle la réunion des principes de liberté et d'unité nationale permet de rendre compte, dans sa réalité, de l'organisation politique et sociale en France mais également, du caractère singulier du constitutionnalisme français par rapport aux autres Etats[272]. Sur ce point d'ailleurs, la conclusion du *Cours du droit constitutionnel*[273] est très éclairante. Rossi considère que « ***la France travaille pour arriver la première, et comme l'éducatrice, en quelque sorte, des autres nations, à résoudre un grand problème, à concilier la forme du gouvernement constitutionnel avec le principe de l'égalité civile****. Jusqu'ici tous les édifices politiques qui avaient aspiré à l'unité, s'étaient appuyés sur certaines inégalités sociales, admises comme nécessaires, et dans lesquelles ils devaient trouver leur fondement et leur force. Rien de semblable chez nous.* ***La Révolution de 89 a fondé en France le grand et immortel principe de l'égalité civile, et sur cette base immuable doit être posé l'édifice de la liberté constitutionnelle***[274] ».

En conséquence, en abandonnant les principes du droit naturel antérieurs à toute organisation constitutionnelle, Rossi a réussi à partir de l'observation, à dégager des lois générales qui permettent de rendre compte de la seule organisation constitutionnelle française. Entre autres, l'intérêt de l'ouvrage est d'avoir pu distinguer les droits individuels de ceux qui encadrent le pouvoir et de proposer un principe général pour expliquer les dispositions constitutionnelles relatives aux droits et libertés (l'égalité civile) et un second qui permet d'appréhender l'organisation et le fonctionnement des pouvoirs publics (l'unité nationale). Il ne s'agit pas de considérer que les droits naturels et universels de l'homme constituent le fondement de tout

---

une égale liberté et obtient pour son culte la même protection. C'est dire, en d'autres termes, en langage de législateur, ce que dirait dans un livre en employant d'autres expressions, c'est dire : Les droits publics des français sont tels, tels et tels, et ces droits publics appartiennent également à tous les français, sans distinction. C'est dire en d'autres termes : voilà la somme des droits publics, voilà l'organisation sociale de la France. Mais cette organisation sociale de la France est dominée par un principe régulateur et ce principe régulateur, c'est l'égalité civile écrite en tête de la Charte elle-même ».

[271] *Ibid*., p. LXXIII. : « ***Avant d'entrer dans l'examen détaillé de chaque partie, n'y a-t-il pas des recherches préliminaires à faire, un fil à saisir qui nous guide dans nos longues investigations. En d'autres termes, n'y-a-t-il pas, parmi les principes positifs de notre droit constitutionnel, quelques principes dirigeants qui dominent la matière toute entière, qui impriment au système français un cachet propre, un caractère distinctif ? Ces principes existent, nous pouvons les puiser directement dans l'histoire, dans les lois. Il y en a deux en particulier, qui par leur réunion, impriment au système français un caractère propre, un véritable cachet d'originalité nationale. Ces principes sont : 1° l'égalité devant la loi, en d'autres termes, la liberté pour tous ; 2° l'unité nationale, la réunion dans un seul et même tout des diverses parties de l'Etat, d'un grand nombre d'éléments matériels et moraux conspirant tous au même but*** ».

[272] *Ibid*., p. LXXIV : « *Ces principes, en les prenant isolément, séparément l'un de l'autre, vous pouvez les retrouver ailleurs ; mais par leur réunion, ils constituent un fait social qui jusqu'à présent est un fait exclusivement français, un fait unique dans l'histoire des nations* ».

[273] *Ibid*.

[274] *Ibid*., t. 4, p. 400-401.

ordre constitutionnel quel qu'il soit, mais davantage de montrer, à partir de la réalité historique, que la préservation des droits publics des français au sommet desquels on trouve l'égalité civile, est garantie au travers de l'organisation unitaire du pouvoir.

B/ L'application d'une méthode expérimentale : la coutume constitutionnelle, source des principes généraux du droit constitutionnel

Avec l'adoption des Lois constitutionnelles en 1875, on assiste à une rupture dans la tradition des constitutions françaises adoptées depuis la fin du XVIIIe siècle, rupture qui concerne à la fois la forme et le fond de la Constitution.

Dans la forme tout d'abord, la Constitution de la IIIe République ne se présente pas comme un texte unique puisqu'elle est formée de trois lois successives[275]. Elle est parcellaire et beaucoup plus courte que ces devancières.

Dans le fond, ensuite, les lois constitutionnelles ont un contenu qui diffère sensiblement des précédentes constitutions. D'abord, nulle mention n'est faite des droits individuels ou des libertés publiques, c'est-à-dire qu'aucune déclaration des droits ne précède les dispositions relatives à l'organisation des pouvoirs publics. Par ailleurs, le pouvoir constituant en 1875 s'est contenté de livrer les grandes lignes de l'organisation des pouvoirs publics, des règles techniques, sans recourir à des notions plus générales. La Constitution entérine l'expérience du passé et laisse à la pratique réelle du pouvoir, le soin d'adapter les règles qui gouvernent à l'organisation des pouvoirs dans l'Etat.

De cette volonté de ne pas enfermer le pouvoir dans des barrières trop rigides et de laisser le régime évoluer avec la pratique, ce sont alors autant de changements qui sont suceptibles d'avoir des conséquences sur la façon dont la doctrine envisage l'analyse de la IIIe République. Notamment, il est possible de se demander quels sont les principes généraux

[275] Il s'agit respectivement de la Loi du 25 février 1875 relative à l'organisation des pouvoirs publics, de la Loi du 24 février 1875 relative à l'organisation du Sénat et de la Loi constitutionnelle du 16 juillet 1875 sur les rapports des pouvoirs publics.

applicables à cette nouvelle Constitution[276], dans la mesure où le texte constitutionnel ne consacre lui-même aucun principe[277] ?

En 1884, est publié le *Manuel de droit constitutionnel* d'Antoine Saint Girons[278]. Souhaitant exposer l'organisation politique de la IIIe République, et plus précisément l' « *organisation politique telle qu'elle est*[279] », il précise, dès la préface de son manuel, que c'est le régime institué par les Lois constitutionnelles de 1875 qui forme son seul objet d'analyse et que le recours à l'histoire ou au droit comparé n'apparaissent que de façon incidente, pour permettre de mieux comprendre le droit positif français en vigueur[280].

S'agissant de la méthode, Saint Girons fait le choix d'une méthode expérimentale[281], une méthode qui ne prend en compte que la réalité de la vie institutionnelle. La défense de cette méthode est confortée par la croyance personnelle de Saint Girons en les vertus d'un formalisme minimum et de l'évolution naturelle des institutions en marge des règles de droit proprement dites[282]. En effet, il approuve la démarche du pouvoir constituant en 1875 qui s'est contenté d'une constitution courte et de règles simples, notamment en se débarrassant des références métaphysiques relatives à l'exercice du pouvoir ainsi que d'une Déclaration

[276] Effectivement, les mutations profondes de l'objet à décrire ont des conséquences sur celui qui décrit cet objet et la méthode qu'il doit retenir. En consacrant des notions générales, le pouvoir constituant peut laisser penser que le droit représente la traduction positive d'un droit naturel et on peut faire référence à de tels principes pour expliquer le droit. Au contraire, les lois de 1875 présentent le droit comme un produit naturel et spontané. La stricte description de l'évolution des rapports entre les institutions serait alors ici plus légitime. Dès lors, l'objet droit emporte la conviction quant à la meilleure méthode pour décrire cet objet.

[277] Il peut s'agir de principes spécialement construits pour rendre compte de l'organisation institutionnelle de la IIIe République ou de principes qui se sont formés avant 1875 et dont la validité demeure admise. Autrement dit, il peut s'agir d'instruments qui résultent de l'observation empirique du régime de 1875 et de son évolution ou au contraire, de principes naturels et universels qui s'appliquent à toute organisation politique moderne.

[278] A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel*, Paris, L. Larose et Forcel, 1884, 609 p.

[279] *Ibid*., Préface, p. III.

[280] *Ibid.* : « *L'histoire et la législation comparée ont été pour nous des notions importantes, mais accessoires, dans lesquelles nous avons cherché des enseignements et des documents pour faire ressortir les mérites ou signaler les défauts de notre Constitution. Nous avons donc systématiquement supprimé toute vue d'ensemble sur l'histoire des institutions politiques ou sur les législations étrangères. Nous n'avons retenu de ces études que ce qui était nécessaire pour éclairer chaque question et mettre de la netteté dans les idées et de la précision dans les faits* ».

Par ailleurs, seule l'organisation des pouvoirs publics est envisagée, les garanties individuelles accordées aux citoyens sont exclues. Sur ce point, Saint Girons renvoie aux enseignements de droit administratif et de droit criminel, le soin de compenser cette lacune. *Ibid*., Chapitre I, p. 3.

[281] *Ibid.*, Préface, p. IV : « *nous avons suivi uniquement la méthode expérimentale, la seule qui, en matière d'organisation politique et sociale, permette d'arriver à des conclusions pratiques* ».

[282] Pour une illustration plus circonstancielle de sa pensée, voir A. Saint Girons, *Essai sur la séparation des pouvoirs dans l'ordre politique, administratif et judiciaire*, Paris, L. Larose et Forcel, 1881, 583 p.

des droits[283]. Plus généralement, l'auteur loue les vertus du système constitutionnel anglais en ce qu'il permet d'adapter le régime conformément à la pratique et de n'entreprendre des réformes que lorsqu'elles apparaissent inéluctables au vue de l'expérience[284]. Les anglais, relève Saint Girons, ne sont pas tombés dans le piège qui consiste à réformer la vie politique par des formules générales et abstraites[285]. Au fond, le droit le plus juste et adapté à la société politique est celui qui trouve son fondement dans le passé et qui découle des nécessités pratiques. C'est la raison pour laquelle, Saint Girons pense que le meilleur droit n'est pas dans la règle formelle mais dans la règle coutumière, capable d'évoluer et de s'adapter à la société réelle[286].

Dès lors, la Constitution de 1875 constitue, pour l'auteur de ce *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, une exception pertinente à la tradition constitutionnelle française, dans la mesure où elle tire les conséquences du régime parlementaire passé et où elle n'enferme pas pour l'avenir, les institutions dans des formules mathématiques[287].

Compte tenu de cette théorie du meilleur droit pour une société et du choix en faveur d'une méthode expérimentale, on pourrait penser que, d'un point de vue scientifique, Saint Girons se contente d'une pensée empirique et factuelle, décrivant la réalité du phénomène constitutionnel institué en 1875. Pourtant, dès la lecture du plan de son manuel, on trouve une succession de thèmes et la découverte d'un certain nombre de principes généraux. Successivement sont traités, « *la souveraineté nationale* », « *le pouvoir constituant* », « *les*

---

[283] Voir A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, Chapitre II, p. 5 : « *Nous savons, par une longue expérience, combien l'esprit d'abstraction a nui aux hommes du XVIIIe Siècle, et spécialement à la Constituante* ».

[284] *Ibid.*, p. 6 : « *Les Anglais ont toujours eu cet admirable bon sens de se méfier, en politique, des formules générales, qui déplacent et déforment les questions, qui paraissent rendre logiques et nécessaires des réformes au moins prématurées, qui donnent à la nation des espérances exagérées et exposent les législateurs à des contradictions choquantes et dangereuses. Les Anglais ont fait uniquement les réformes indiquées par l'expérience* ».

[285] *Ibid.*, Chapitre II, p. 6 : « *Au lieu de nous inspirer de notre histoire* », relève saint Girons, « *nous avons écouté de téméraires métaphysiciens qui, ne songeant qu'à l'homme à l'état de nature, ont oublié le Français. Ils ont tiré, de toutes pièces, de leur cerveau surchauffé, une constitution si compliquée et si peu pratique, que la révolution commencée en 1789 sera séculaire avant d'être terminée* ».

[286] *Ibid.*, p. 8 : « *Ce qui caractérise le droit coutumier, c'est d'être dans une perpétuelle élaboration, qui le met en constante harmonie avec les besoins du peuple qu'elle régit. Le droit social est mobile et changeant comme la société, parce qu'il est, comme elle, vivant et perfectible. Ses évolutions sont des progrès ou des décadences, suivant l'état de la civilisation* ».

[287] *Ibid.* : « *nous sommes restés longtemps fidèles à ce fatal esprit d'abstraction, qui nous a toujours empêchés d'être pratiques, qui a été, en partie, la cause de nos malheurs constitutionnels* ». (…) « *La Constitution de 1875 a rompu avec cette longue tradition de métaphysique quintessenciée. Elle s'est bornée à enregistrer les résultats principaux de l'expérience parlementaire. Elle consacre le passé dans ce qu'il a de bon, elle n'a pas voulu enchaîner l'avenir. Elle ne s'est pas cru parfaite et définitive : elle a permis toutes les évolutions nécessaires. Elle est sage et prudente, ce qui peut-être constitue la meilleure garantie de durée pour les principes essentiels qu'elle a, non pas inventé, mais proclamés, consacrés et garantis* ».

pouvoirs constitués », « *la séparation des pouvoirs* », « *les formes politiques* », « *le gouvernement représentatif et les élections* », « *le pouvoir législatif* », « *le pouvoir exécutif* » et enfin, « *l'autorité judiciaire*[288] ».

En pratique, c'est dans la coutume que le fondement et la légitimité des principes sont à rechercher. En effet, à côté des Lois constitutionnelles de 1875, la coutume permet la formation de principes généraux qui sont devenus définitifs à mesure qu'ils sont confirmés dans la pratique[289]. Issus du fonctionnement réel des institutions, ils permettent de surcroît, de conforter l'essentiel et le vrai ou *a contrario*, de rejeter le passager et l'utopique.

Par exemple, si le principe de souveraineté nationale n'apparaît pas dans la lettre du texte, il fait néanmoins parti des règles essentielles de la IIIe République. Considérée comme un fait général - il ne s'agit pas d'un principe abstrait - la souveraineté nationale[290] est traduite de façon différente suivant les organisations constitutionnelles singulières et reçoit des applications plus ou moins bonnes selon les cas[291]. Défini par Saint Girons comme le « *droit de n'être commandé que suivant la justice et l'intérêt national*[292] », le principe de souveraineté nationale renvoie au rapport dynamique entre l'exercice du pouvoir par les pouvoirs publics et les droits du peuple. Plus précisément, le peuple a le droit de n'obéir qu'aux ordres qui garantissent ces valeurs et le pouvoir est tenu de toujours respecter ces objectifs. Ce sont alors dans les actes réels de la puissance publique, que la légitimité s'acquiert et par voie de conséquence, peut se perdre. Si les pouvoirs publics sont légitimes à l'origine en ayant reçu l'adhésion de la nation, ils peuvent perdre cette légitimité. *A contrario*, si le pouvoir est acquis par la force, il peut très bien être accepté et trouver une légitimité qui lui fait défaut à l'origine, par des actes sages ou justes dans la pratique du pouvoir[293].

---

[288] *Ibid.*, table des matières.

[289] Ces principes constituent par leur confirmation dans le temps, « *le patrimoine de chaque citoyen, la règle et les limites pratiques de l'activité gouvernementale* ». *Ibid.*, Chapitre II, p. 8.

[290] Saint Girons définit la souveraineté nationale de la façon suivante : « *le droit, pour un peuple, de rester, après Dieu, le seul maître de ses destinées. Les pouvoirs publics doivent avoir, dès l'origine, et garder perpétuellement un caractère national. Pour exister et pour durer, l'adhésion publique leur est indispensable* ». *Ibid.*, p. 9.

[291] *Ibid.* : « *C'est un fait général qui suivant les époques et les peuples, s'affirmera par des institutions différentes, également bonnes, si elles donnent l'ordre et la liberté, si elles favorisent la civilisation par la justice ; également mauvaises, si, par la haine et la guerre, elles n'occasionnent que des destructions* ».

[292] *Ibid.*, p. 11.

[293] *Ibid.*, p. 15 : « *Avec la vraie doctrine de la souveraineté nationale, la légitimité se tire, non de l'origine populaire du pouvoir, ce qui permet tous les absolutistes, mais des actes de ce pouvoir. La légitimité est donc toujours créée et toujours à créer. C'est une tâche qui dure autant que le gouvernement. Les pouvoirs publics doivent toujours obtenir l'adhésion populaire et, par suite, ils ont besoin de la mériter perpétuellement. Légitimes à l'origine, parce qu'ils ont eu l'adhésion plus ou moins explicite de la nation, les pouvoirs peuvent, par leur faute, perdre cette légitimité. Issus de la force, de la conquête, ils sauront, peut être, par la sagesse de leurs actes et la justice de leur administration, par un patriotisme sincère, gagner le cœur des vaincus, devenir nationaux et conquérir, par leurs actes, une légitimité qui fasse disparaître la tâche originelle* ».

De la même façon, à propos de l'appréhension du principe de séparation des pouvoirs, Saint Girons précise que le despotisme qui résulte de la confusion des pouvoirs ou au contraire les dysfonctionnements liés à une séparation stricte des pouvoirs, constituent des « ***vérités d'expérience***[294] », déduites de l'observation réelle des régimes politiques. Plébiscitant une collaboration entre les pouvoirs en s'appuyant sur l'histoire, Saint Girons considère qu'il ne faut pas aborder la séparation des pouvoirs comme « *une de ces règles mathématiques, qui produisent partout les mêmes conséquences. Il ressemble à tous les principes étudiés dans les sciences morales et politiques. Il varie suivant le temps et les circonstances : de là ces multiples constitutions dont la plupart ont eu leur raison d'être*[295]».

A propos enfin de la discussion sur les formes de gouvernement, les classifications théoriques des régimes[296](monarchie, aristocratie, démocratie) qui déduisent le meilleur ou le plus mauvais gouvernement n'ont que peu d'intérêt, considère l'auteur, si on ne prend pas en compte l'environnement social ou le particularisme de chaque Etat. Davantage, toute forme de gouvernement est potentiellement bonne ou mauvaise, selon qu'elle sera adaptée à la tradition, aux habitudes et aux besoins sociaux du moment. Il s'agit de questions de pur fait, l'important étant que le régime soit suffisamment souple pour s'adapter aux besoins de la société[297].

Par conséquent, les bonnes règles émergent avec l'expérience pratique. Ce sont celles qui ont été confirmées par le fonctionnement réel des régimes constitutionnels et ce sont celles qui sont capables de s'adapter aux besoins du peuple. Le bon ou le mauvais gouvernement n'est pas celui qui est plus ou moins proche de principes idéaux, puisque le meilleur principe pour un Etat donné est celui qui est adapté à la tradition et à la volonté du peuple dans cet Etat. C'est dire qu'il n'y a pas, pour Saint Girons, de bon gouvernement en soi.

---

[294] *Ibid*., p. 83.
[295] *Ibid*., p. 86-87.
[296] Sur ce point, Saint Girons qualifie la théorie développée par Montesquieu dans « *L'Esprit des lois* », qui tend à montrer que le meilleur régime est celui qui vise les intérêts du peuple et qui concourt à son bien être, « *d'objectif rêvé* ». *Ibid*., p. 92. Il ajoute : « *Cette vérité pratique, proclamée par Montesquieu, a été répétée, sous toutes les formes, par des hommes positifs, qui ont eu recours à l'expérience et à l'observation, qui ont fait de la science politique vécue et non rêvée* ».
[297] *Ibid*., p. 95 : « *Si l'on met de côté les formes gouvernementales qui basées sur le despotisme, ou aboutissant à la tyrannie, sont illégitimes, il n'en est pas de supérieure aux autres* ». (…) « *Le seul point important, c'est que le gouvernement soit national, c'est-à-dire exercé par la nation. Tout le reste est une question d'expérience et de bon sens. Quels moyens emploiera-t-on pour donner et maintenir au gouvernement ce caractère national qui fait sa seule légitimité ? Cela dépendra du peuple même qu'il s'agit de gouverner* ».

Finalement, la démarche expérimentale tend à substituer à la lecture universelle des principes, une lecture circonstancielle et propre à chaque Etat. Pour autant si la méthode change, il s'agit toujours de s'accorder sur quelques principes fondamentaux susceptibles d'expliquer le droit constitutionnel. Quel que soit la méthode utilisée, la doctrine ne va jamais jusqu'à un empirisme se contenant de décrire les règles en vigueur. En ce sens, l'approche doctrinale retenue dans les premiers manuels publiés XIXe Siècle pour décrire le droit constitutionnel, a toujours été conceptuelle[298].

Section 2/ La « doctrine classique » et la consécration d'une science du droit constitutionnel

C'est entre la fin du XIXe et le début du XXe siècle que le droit constitutionnel va connaître un réel essor. Tout d'abord, le décret du 24 juillet 1889 fixant les matières enseignées à l'Université[299], fait des « *Eléments du droit constitutionnel et organisation des pouvoirs publics* [300]», un cours semestriel obligatoire en première année de droit. Parallèlement, se développent les publications de revues juridiques qui font une large place au droit constitutionnel[301]: la « *Revue Politique et Parlementaire* » ainsi que la « *Revue du droit public et de la Science politique en France et à l'étranger*[302] » sont notamment crées en 1894. Précisément, ces deux facteurs, permanence de l'enseignement à l'Université et

[298] On peut ici établir une comparaison avec le droit administratif dont les travaux doctrinaux ont toujours plus au moins oscillé entre empirisme et conceptualisme. Voir sur ce point, la thèse de Théodore Fortsakis et notamment la 1re partie relative à la doctrine : Th. Fortsakis, *Conceptualisme et empirisme en droit administratif français*, p. 27 et suiv.

[299] Voir JO du 25 juillet 1889, n° 198, p. 3659. Le décret prévoit que l'examen de 1re année portera sur le droit romain, l'histoire générale du droit français et le droit constitutionnel.

[300] Une réforme de 1905 détermine un nouvel intitulé : « *Eléments de droit constitutionnel et garanties des libertés individuelles* ». Voir JO du 3 Août 1905, p. 4751.

[301] Voir sur ce point, L. Favoreu et *alii*, *Droit constitutionnel*, 10e éd., Paris, Dalloz, 2007, p. 17 et suiv.

[302] Cette dernière a pour ambition essentielle de présenter des articles de doctrine ainsi qu'une chronique politique et parlementaire relative à la vie politique des Etats étrangers. Voir *RDP*, 1894, n°1, Préface, p. 1.
Sur cette revue, voir A. Le Divellec, « La fondation et les débuts de la Revue du droit public et de la science politique (1894-1914), *RDP*, 2011, p. 521.

développement des publications[303], vont favoriser la consolidation d'une véritable doctrine en droit constitutionnel[304].

Plus encore, c'est à cette époque qu'apparaissent les ouvrages majeurs d'Adhémar Esmein, de Maurice Hauriou[305], Léon Duguit[306] ou Raymond Carré de Malberg[307], qui auront tous une influence très importante sur le droit constitutionnel. A cet égard, une place particulière doit être réservée aux *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*[308] d'Esmein[309], considéré le plus souvent comme le premier véritable manuel de droit constitutionnel dans l'histoire de la doctrine[310].

D'une façon générale, le manuel d'Esmein, publié pour la première fois en 1896, imprime à la discipline deux traits majeurs qui auront une influence considérable dans l'évolution du droit constitutionnel[311]. D'abord, il est le premier ouvrage né d'un auteur qui défend, et qui prétend appliquer, une méthode scientifique réelle[312]. Notamment, Esmein entend, à l'aide de l'observation de l'histoire constitutionnelle nationale et des systèmes juridiques étrangers, dégager des principes généraux qui s'appliquent à l'ensemble des organisations

---

[303] Même si en 1900, Maurice Deslandres dénonce une crise de la science politique et une littérature pauvre sur ce sujet. Voir M. Deslandres, « La crise de la science politique », *RDP*, 1900, p. 5. Voir spéc., p. 9 : « *De cet abandon des études politiques, desquelles semblent se détourner les penseurs, pour lesquelles le public n'a plus de passion ni même d'attention véritable, que ne vivifient plus le souffle de quelques grandes idées ou l'application de quelque méthode puissante, je me propose de rechercher les causes et de montrer qu'elles ne sont pas légitimes* ».

[304] Voir sur ce point, Ph. Jestaz, Ch. Jamin, *La doctrine*, Paris, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2004 : « *Plusieurs facteurs ont contribué à la formation de la doctrine, entendue comme le droit savant, hérité des jurisconsultes romains : une science construite et un effet de nombre, c'est-à-dire des recherches collectives. On peut y ajouter deux autres éléments : la rédaction d'ouvrages et l'enseignement du droit* ». Dans le même sens, voir Th. Fortsakis, *Conceptualisme et empirisme en droit administratif français*, th., Paris, LGDJ, 1987, p. 44 et suiv. L'auteur relève trois facteurs essentiels pour expliquer le développement du droit administratif : l'enseignement, l'essor littéraire et scientifique et les conditions politiques.

[305] M. Hauriou, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1925, 307 p.

[306] L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Fontemoing et cie, 5 vol., 1921-1925.

[307] R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat, spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français* (1920), Paris, Dalloz, 2003, 638 p.

[308] A. Esmein, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, 8e éd, Paris, L. Tenin, 2 vol., 1927.

[309] Julien Bonnecase considère que, parmi les théoriciens du droit public entre 1880 et 1914, « *Esmein doit être considéré comme le plus grand, celui qui a dominé la phalange* ». Voir J. Bonnecase, *La pensée juridique française de 1804 à l'heure présente, ses variations, ses traits essentiels*, vol. 1, Bordeaux, Delmas, 1933, p. 459.

[310] M. Pinon parle d'Esmein comme du « *père fondateur de la discipline du droit constitutionnel* » S. Pinon, « Regard critique sur les leçons d'un maître du droit constitutionnel. Le cas Adhémar Esmein (1848-1913) », *RDP*, 2007, p. 193.

[311] Sur la réception d'Esmein auprès de la doctrine, voir S. Pinon, « Adhémar Esmein et la doctrine constitutionnelle de son temps », *in* S. Pinon, P-H. Prélot (Dir), *Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein*, Paris, Montchrestien, 2009, conclusion, p. 209 et suiv.

[312] En France, les réflexions sur la méthode juridique se multiplient au début du XXe siècle. Pour le droit public, voir la série d'articles publiés à la RDP par Maurice Deslandres à partir de 1900. Voir not., M. Deslandres, *La crise de la science politique*, *RDP*, 1900, p. 5. Sur l'ensemble des branches du droit, voir la publication de leçons faites au Collège libre des Sciences sociales en 1910. Voir *Les méthodes juridiques*, Paris, Giard et Brière, 1910, 232 p.

constitutionnelles des Etats Occidentaux[313]. Rapprochée de la littérature allemande et anglaise, c'est-à-dire au titre d'une comparaison avec deux grands juristes étrangers -l'anglais Albert Venn Dicey[314] et l'allemand Paul Laband[315]- qui souhaitent comme Esmein[316], ériger le droit constitutionnel au rang de science véritable et autonome, la science française du droit constitutionnel naissante[317] apparaît équilibrée en ce qu'elle se situe à la croisée d'un empirisme sans théorie et d'un conceptualisme sans souci pratique (§1).

---

[313] Sur cette méthode, voir not. M. Hauriou, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, 4e éd., Paris, Sirey, 1938, Introduction p. 2 et 3 : « *Il convient pour l'étude du droit constitutionnel, d'employer la méthode d'observation, car le phénomène de l'organisation constitutionnelle des Etats comme celui de la société privée est en grande partie naturel et spontané. L'observation doit être à la fois historique et comparative. (...) Il suit de là que la méthode d'observation conduite d'elle-même à un certain emploi de la méthode déductive, à mesure qu'elle dégage des observations dont la constance paraît suffisante pour qu'elle soit érigée en principes* ».

[314] Pour une vue générale des ambitions de l'auteur, voir A. V. Dicey, *Introduction à l'étude du droit constitutionnel*, Edition française, Paris, Giard et Brière, 1902, 217 p.

S'agissant de l'absence de travaux généraux avant lui, *Ibid.*, Introduction, p. 30 : « *la véritable loi de la constitution doit être tirée des sources d'où nous tirons le droit anglais sur un sujet quelconque ; elle forme, pour les recherches et les études juridique, un champ aussi intéressant et aussi distinct que possible, - quoique non aussi bien exploré -. Ce sujet est, en effet, un de ceux qui n'ont pas encore été complètement définis. Les professeurs, et, par suite, les élèves souffriront de cet inconvénient, mais ils jouiront de l'intérêt qu'ils trouveront à explorer une branche du droit qui n'a pas encore été complètement mise en ordre* ».

S'agissant de la détermination du caractère propre du droit constitutionnel, notamment de la différence entre le droit, l'histoire ou l'analyse de la jurisprudence, voir l'introduction intitulée : « *caractère véritable du droit constitutionnel* ». *Ibid.*, p. 1 et suiv.

[315] Voir P. Laband, *Droit public de l'Empire allemand*, Paris, V. Giard et E. Brière, 1900, 6 vol.

S'agissant de la volonté d'élaborer un ouvrage qui rompt avec une littérature lacunaire sur le droit constitutionnel, Laband relève, dans la préface de la 1re édition du *Droit public de l'Empire allemand*, qu'il y a plus fort à craindre que l'analyse de l'Empire tombe dans « *la littérature politique du journal* » que de subir les influences du droit privé. *Ibid.*, p. 5. Voir également, p. 11 : « *Je ne cherchais à convaincre d'hérésie d'autres méthodes de recherche scientifique, mais à combattre le dilettantisme qui, d'une part, se contentait de compulser mécaniquement des lois et des matériaux législatifs, et donnait d'autre part de banales discussions de politique du jour, de superficielles considérations d'opportunité, des notices historiques fragmentaires et sans suite pour des recherches de droit public* ».

[316] Le choix de mettre dos à dos ces trois grands juristes et de prétendre illustrer de façon représentative la science juridique dans son ensemble autour d'un juriste seulement procède de plusieurs caractéristiques communes de leurs pensées.

D'abord, les trois éminents juristes, par la publication de leur ouvrage, prétendent aller plus loin que la littérature existante, considérée le plus souvent comme incomplète, c'est-à-dire pauvre et peu scientifique, et construire un manuel qui se veut complet et qui met en relief la singularité du droit constitutionnel, discipline juridique autonome. Plus précisément, ils entendent, tous les trois, étudier le droit constitutionnel d'un point de vue juridique ce qui signifie non seulement distinguer cette discipline des autres branches du droit mais également des autres disciplines des sciences sociales (l'histoire, la philosophie, la politique). Voir de façon significative, l'opposition entre le droit constitutionnel et la sociologie discutée par Esmein en introduction de son manuel. A. Esmein, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, *op. cit.*, vol. 1, Introduction, p. 41 et suiv.

[317] La préface de la 1re édition des *Eléments* est très explicite sur les ambitions de son auteur et sur l'utilisation de l'histoire comme du droit comparé afin d'identifier des principes généraux. *Ibid.*, Préface à la 1re édition : « ***En écrivant ce livre, je me suis proposé de composer un traité à la fois élémentaire et scientifique. Dans une première partie, j'ai cherché à dégager et à construire la théorie juridique des institutions fondamentales et des règles supérieures qui, au XIXe siècle, figurent nécessairement ou alternativement dans le droit constitutionnel des peuples libres d'Occident. (…) Je me suis efforcé de les éclairer par l'histoire et par le droit comparé ; j'ai insisté sur les principales applications qui en ont été faites dans les Constitutions françaises antérieures à celle de 1875. Ainsi est présenté, non pas dans un ordre chronologique mais logique, tout ce que contient d'essentiel l'histoire de ces Constitutions*** ».

Ensuite, en élaborant des principes généraux qui visent à rendre compte des règles invariables et universelles du libéralisme politique de façon très rigoureuse et cohérente[318], *Les Eléments de droit constitutionnel français et comparé* imprime à la discipline, un cadre factuel et idéologique qui est relayé par la littérature ultérieure (§2). C'est ainsi à partir d'Esmein que l'on parle d'un « *droit constitutionnel classique* » sur la base duquel les grands maîtres du droit constitutionnel[319] élaborent l'essentiel des constructions théoriques dont la plupart font encore autorité à l'époque contemporaine[320].

§1/ La science du droit constitutionnel français à la fin du XIXe Siècle, « un conceptualisme modéré »

L'approche retenue par Esmein rompt manifestement avec la littérature nationale avant la publication de son ouvrage[321], mais également avec les méthodes privilégiées à l'étranger. En effet, en prétendant à la fois utiliser une raisonnement inductif qui permet d'élaborer des principes généraux sur la base de l'observation de la réalité du phénomène constitutionnel et une démarche déductive permettant ensuite, de déduire les conséquences dans le droit de l'application de ces principes[322], cette méthode apparaît nouvelle et singulière (C). Notamment, s'agissant de la science allemande et anglaise à la même époque, la doctrine

[318] Si l'apport d'Esmein à la science du droit constitutionnel est considérable, c'est qu'il a réussi à présenter les choses avec rigueur et dans un langage accessible. Entre autres classifications, on lui doit la distinction entre le gouvernement direct et représentatif d'où découle la théorie du mandat représentatif par opposition au mandat impératif, l'opposition entre le régime présidentiel et parlementaire à travers le critère de la séparation des pouvoirs ou la distinction entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif. L'auteur des *Eléments* n'a évidemment pas créé de toute pièce chaque notion, mais a réussi à organiser le tout dans un ensemble cohérent. C'est sans doute essentiellement en raison de leur clarté, que ces classifications auront une influence considérable sur la littérature constitutionnelle ultérieure.

[319] Si l'expression « *droit constitutionnel classique* » signifie le traitement uniforme de questions juridiques portant sur un même objet, celui de « *doctrine classique* » ne renvoie pas à la même idée. Au contraire, parler de « *doctrine classique* » signifie que le début du XXe Siècle est marqué par des auteurs qui font autorité au sein de la discipline. La qualité et l'influence de la pensée d'Adhémar Esmein, Maurice Hauriou, Léon Duguit, Joseph Barthélemy ou Raymond Carré de Malberg sur l'ensemble du droit public ont font des auteurs qualifiés de classiques. C'est donc moins une appréhension commune du phénomène constitutionnelle qu'une pensée singulière, qui permet d'embrasser l'ensemble de ces auteurs comme les représentants d'une doctrine classique. L'adjectif « *classique* » est beaucoup plus proche ici de singulier que d'uniforme.

[320] Voir sur ce point, D. Turpin, *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 2003, p. 2.

[321] Voir *Supra*, Section 1.

[322] Voir F. Larnaude, « Le droit public. Sa méthode. Sa conception », *in Les méthodes juridiques*, Paris, Giard et Brière, 1910, p. 21 et suiv. La méthode juridique proprement dite en droit public, considère l'auteur, « *composée à la fois d'induction et de déduction, consiste essentiellement à chercher* (…) *dans toutes les manifestations de la vie juridique, dans tous les phénomènes juridiques, les règles essentielles que toutes ces manifestations supposent, ce que nous aimons, nous juristes, à appeler des principes. C'est le rôle de l'induction. Et une fois ces principes trouvés, dégagés,* (…) *on en tire les conséquences, en leur appliquant la règle contenue dans le principe. Voilà la déduction* ».

privilégie intégralement l'un des deux « *versants méthodologiques* » : l'Allemagne fait le choix du dogmatisme (B) et la Grande-Bretagne, de la méthode empirique et historique (A). Ainsi et conformément à la formule utilisée un peu plus tard par Joseph Barthélémy et Paul Duez dans leur *Traité de droit constitutionnel*, il apparait possible d'identifier « ***une méthode proprement française***[323]».

A/ L'empirisme anglais : décrire l'histoire et le fonctionnement réel des institutions politiques et leurs rapports avec les citoyens

En droit constitutionnel, les juristes anglais appliquent une méthode empirique et basée sur l'observation (2). Elle permet de présenter avec précision, l'ensemble des sources qui permettent de saisir le fonctionnement des institutions politiques dans leur réalité pratique (1).

1/ La détermination pratique des règles de droit constitutionnel

Le rôle du Professeur, considère Albert Venn Dicey dans son ouvrage majeur *Introduction à l'étude du droit constitutionnel*, consiste à expliquer les lois constitutionnelles sans jugement de valeur quel qu'il soit[324]. Il s'agit simplement d'analyser le droit en vigueur dans sa réalité, afin de le transmettre aux étudiants. Néanmoins, pour y parvenir, la première et la principale difficulté pour quiconque s'intéresse au droit constitutionnel anglais, est dans la détermination précise de son objet d'étude[325]. Compte tenu des sources essentielles de la discipline, la loi et la coutume, et de la prise en compte de l'histoire nationale pour comprendre le

[323] Voir J. Barthélemy, P. Duez, *Traité de droit constitutionnel*, (1926), Paris, LGDJ, coll. Panthéon- Assa, 2004, Préface 1926, p. VIII : « ***A mi-côté entre les sommets glacés de la doctrine allemande et le positivisme concret de la doctrine anglo-américaine, il y a place pour une méthode constitutionnelle proprement française*** ».

[324] A. V. Dicey, *Introduction à l'étude du droit constitutionnel*, Edition française, Paris, Giard et Brière, 1902, Introduction, p. 3 et 4 : « *Aujourd'hui, ceux qui étudient la constitution ne veulent ni critiquer, ni adorer ; ils veulent comprendre et un professeur chargé d'enseigner le droit constitutionnel doit savoir qu'il n'est pas appelé à remplir le rôle d'un critique, d'un apologiste ou d'un panégyriste, mais simplement celui d'un interprète ; son devoir n'est pas d'attaquer ou de défendre la constitution, mais seulement d'en expliquer les lois* ».

[325] Cet aspect, la difficulté de connaître précisément l'ensemble des règles du droit constitutionnel, est illustré par Dicey, au travers des *Commentaires sur les lois anglaises de Blackstone*, où nulle mention n'est faite du mot « *droit constitutionnel* ». *Ibid.*, p. 6 et suiv ; voir par ailleurs sur ce point, R. David, X. Blanc-Jouvan, *Le droit anglais*, 9e éd., Paris, PUF, 2001, p. 81. Pour une vue d'ensemble, voir W. Blackstone, *Commentaires sur les lois anglaises* (1765-1769), 6 vol., Firmin Didot, 1822-1823.

fonctionnement des institutions à l'heure présente[326], la détermination de cet objet apparaît des plus délicates.

S'agissant de la loi, le système juridique anglais ne distingue pas la loi constitutionnelle de la loi ordinaire. Cela suppose, de la part du juriste anglais[327], qu'il identifie dans l'ensemble des sources du droit[328], quelles sont les règles qui intéressent le droit constitutionnel et comment reconnaître une règle de valeur constitutionnelle.

A cet égard, Dicey témoigne, dès l'introduction de son manuel, des difficultés qui se présentent au juriste qui désire commenter la Constitution anglaise. L'interprète de la Constitution, relève-t-il, « *a de bonnes raisons pour envier ses collègues de France, de Belgique ou des Etats- Unis, pays dotés de constitutions dont les termes se trouvent dans des documents écrits, sont connus de tous les citoyens et accessibles à tous ceux qui savent lire*[329]». Par exemple, un professeur américain qui décide de dispenser un cours de droit constitutionnel connaît d'emblée l'objet de son enseignement et la méthode à employer. Précisément, l'ensemble des règles qui rentre dans le champ de la discipline est contenu dans un document unique et facilement identifiable, la Constitution des Etats-Unis[330]. Cela signifie non seulement, que l'identification des règles constitutionnelles est sans difficulté dans la mesure où le système américain distingue clairement la loi ordinaire de la loi constitutionnelle, mais également que l'ensemble de ces règles est contenu dans la

---

[326] C'est la raison pour laquelle Dicey va jusqu'à s'interroger sur la question de savoir si le droit constitutionnel est à proprement parler une discipline juridique. *Ibid.*, Introduction, p. 19-20 : « *Sur ce point, un doute se présente à l'esprit de ceux qui ont étudié la Constitution. Est-il possible que ce que l'on appelle « droit constitutionnel » soit en réalité un carrefour où se rencontrent l'histoire et la coutume qui n'est pas, à proprement parler du droit, et n'appartient certainement pas au domaine du professeur appelé à n'étudier et à n'enseigner que ce qui est véritablement et indubitablement du droit anglais ? En ce cas, les juristes renonceraient volontier à un domaine pour lequel ils ne pourraient invoquer aucun titre solide. La première moitié du droit constitutionnel devrait, comme concernant l'histoire, être l'apanage des professeurs d'histoire. L'autre moitié devrait, comme concernant les conventions qui illustrent le développement du droit, être abandonnée à mon ami de jurisprudence, parce que c'est son métier de s'occuper des bizarreries ou des parties éloignées de la science juridique, ou encore à mon ami, le professeur de droit international, parce qu'étant habitué à l'enseignement du droit qui n'est pas du droit, et étant accoutumé à expliquer ces règles de morale publique qui sont improprement appelées droit international, il sera dans son élément, en expliquant la morale politique qui, dans l'espèce, est appelée improprement droit constitutionnel* ».

[327] Voir par exemple, W. Anson, *Loi et pratique constitutionnelles de l'Angleterre*, vol. 1, « *le Parlement* », Paris, Giard et Brière, 1905, Chapitre Premier, p. 1.

[328] La loi anglaise recouvre le droit écrit mais également le droit non écrit comme celui issu de la *Common law*. Sur ce point, Dicey considère que la loi comprend des « *règles qui – écrites ou non écrites, édictées par statutes ou dérivées de la coutume générale, de la tradition, des maximes faites par les juges, connues sous le nom de common law – sont sanctionnées par les tribunaux* ». *Introduction à l'étude du droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 3.

[329] *Ibid.*, p. 3.

[330] *Ibid.*, p. 4. « *Quand ces juristes distingués faisaient, sous forme de lectures, de commentaires sur la Constitution des Etats- Unis, ils savaient précisément quels étaient et le sujet et la méthode convenables de leur enseignement. Le thème de celui-ci formait une part définie et facilement reconnaissable du droit de leur pays. Il était renfermé dans un document donné que tout le monde pouvait connaître, à savoir : « la constitution des Etats- Unis établie et ordonnée par le peuple des Etats-Unis* ».

Constitution fédérale de 1787. S'agissant de la méthode à employer pour commenter le droit constitutionnel américain, toujours selon le propos de Dicey, le commentateur utilise une méthode semblable à celle utilisée dans toute autre branche du droit pour l'étude des lois écrites[331]. Il s'agit de savoir lire le texte - « *se guider d'après les règles de la grammaire*[332] » précise Dicey - mobiliser ses connaissances de la *common law* et prendre éventuellement en compte l'histoire du droit et les décisions judiciaires.

Par ailleurs, s'agissant de l'autre source en droit constitutionnel anglais, la coutume[333], elle occupe une place essentielle pour comprendre le fonctionnement des institutions et contribue elle aussi, à complexifier une connaissance simple des règles de droit en vigueur[334]. De surcroît, certains grands textes écrits procèdent davantage de façon négative, en se contentant de déterminer un certain nombre de directives générales permissives ou prohibitives et laissent de fait à la pratique, le soin de façonner les règles positives. Pour ne prendre qu'un exemple célèbre sur ce point, le *Bill of rights* de 1689, après avoir constaté de nombreux excès du Roi dans l'exercice du pouvoir, prévoit, dans le but de garantir les droits et libertés, que le « *pouvoir de l'autorité royale de suspendre les lois ou l'exécution des lois sans le consentement du Parlement est illégal* » ou que « *la levée et l'entretien d'une armée dans le royaume, en temps de paix, sans le consentement du Parlement, est contraire à la loi*[335] ».
Dès lors, dans l'analyse du fonctionnement des institutions, la doctrine est amenée à distinguer le droit et la pratique du droit[336], notamment quand cette dernière contredit le droit. Sur ce point, lors de l'examen de la procédure législative[337], William Anson démontre que si les règles qui gouvernent à l'élaboration des lois prévoient que la Couronne fait la loi avec le consentement du Parlement, en pratique la Chambre des Communes dispose de la compétence exclusive en matière d'initiative et de contrôle des lois en Angleterre. En d'autres termes,

---

[331] *Ibid*, p. 5 : « *En un mot, les grands commentateurs américains n'avaient d'autre tâche que l'explication d'un document législatif défini, en suivant les règles établies pour ces sortes d'interprétations* ».
[332] *Ibid.*
[333] Dicey emploie le terme de « *conventions de la Constitution* » et oppose de façon systématique « *le droit de la constitution* » (les règles sanctionnées par un juge) et « *les conventions de la constitution* », « *manières de voir, habitudes ou pratiques, qui quoique pouvant régler la conduite des différents organes du pouvoir souverain du ministère, ou d'autres fonctionnaires, ne sont pas, en réalité, des lois proprement dites, attendu qu'elles ne sont pas sanctionnées par les tribunaux* ». *Ibid.*, p. 21.
[334] Voir W. Anson, *Loi et pratique constitutionnelles de l'Angleterre*, *op. cit.*, p. 38 : « *Nous sommes constamment embarrassés en trouvant des pouvoirs mis par la loi en des mains qui ne les exercent jamais de fait, et d'autres pouvoirs exercés de fait par des personnes que la loi ne connaît pas* ».
[335] Voir le *Bill of Rights* de 1689, disponible sur le site de l'Université de Perpignan à l'adresse suivante : http://mjp.univ-perp.fr/
[336] Sur ce point, Dicey distingue les règles qui appartiennent au domaine de la loi et celles qui appartiennent aux conventions. Voir A. V. Dicey, *Introduction à l'étude du droit constitutionnel*, *op.cit.*, p. 22-23.
[337] W. Anson, *Loi et pratique constitutionnelles de l'Angleterre*, *op. cit.*, p. 38 : « *Comparons d'abord la procédure de la confection des lois en théorie, c'est-à-dire suivant les règles strictes du Droit, et en pratique* ».

l'essentiel des compétences légales de la Couronne en la matière, ne s'applique pas dans les faits[338].

Enfin, l'analyse du droit constitutionnel anglais suppose d'accorder une part substantielle à l'histoire[339], même s'il s'agit de rendre compte du droit en vigueur[340]. Produit de l'histoire, la Constitution et les institutions qu'elle consacre ont évolué sans jamais faire table rase du passé et c'est de façon pratique, que les institutions ont été amenées à évoluer. Plus encore, le poids de la tradition et le maintien en vigueur de règles anciennes pour encadrer les institutions présentes, constituent des traits essentiels du système juridique anglais.
Un juriste anglais qui souhaite connaître ce qui est[341], doit alors toujours avoir en tête les conditions historiques de formation des institutions et leur évolution naturelle[342]. L'intitulé choisi par Edward Freeman pour son ouvrage paru en 1877, est à cet égard éclairant : ***Le développement de la Constitution anglaise depuis les temps les plus reculés jusqu'à nos jours***[343]. Dans le même sens, William Stubbs, historien anglais de l'époque, considère que l'histoire constitutionnelle « *présente une série régulière développée de causes et de conséquences et elle est pleine de ces exemples de continuité de la vie, qui sont nécessaires*

---

[338] *Ibid.*, p. 38-39 : « *le pouvoir qu'avait la Couronne de décréter la loi a été réduit depuis le règne d'henry VI à un droit d'exprimer son assentiment ou son dissentiment, lorsque des mesures lui sont soumises par les Lords ou les Communes ; même le veto qui est tout ce que la coutume a laissé à la Couronne n'a pas été exercé depuis près de deux cent ans* ».

[339] « *L'origine des institutions politiques de l'Angleterre moderne* », nous dit Alpheus Todd sur ce point, « *doit être cherchée dans le système gouvernemental de nos ancêtres Anglo-Saxons : si rares et si imparfaites que soient nos données sur ce point, nous connaissons cependant assez les premiers principes du gouvernement AngloSaxon pour y trouver les premiers éléments de nos institutions actuelles* ». A. Todd, *Le gouvernement parlementaire en Angleterre*, Paris, V. Giard, 1900, vol. 1, p. 15.

[340] Sur ce point, Dicey entend mettre en garde contre une analyse trop historique des institutions, privant parfois la réflexion d'une véritable analyse des institutions en vigueur. Voir A. V. Dicey, *Introduction à l'étude du droit constitutionnel*, *op. cit.*, Préface à la 1re édition, p. XXIII-XXIV : « *le point faible de la méthode historique, appliquée au développement des institutions, c'est qu'elle peut inciter certaines personnes à réfléchir tellement à la voie suivie par une institution pour arriver au point où elle en est, qu'elles cessent de considérer avec une attention suffisante ce qu'une institution est devenue* ».

[341] W. Anson, *Loi et pratique constitutionnelles de l'Angleterre*, *op. cit*, Introduction, p. 1. En annonçant l'enchaînement des différents chapitres, on voit que l'essentiel, c'est l'histoire et le droit positif actuel. Par exemple, William Anson nous dit à propos du chapitre premier sur le pouvoir exécutif, qu'il « *faut toujours se rappeler que l'exécutif, c'est la Couronne agissant directement ou de loin par l'intermédiaire des ministres et des fonctionnaires. C'est pourquoi, dans le premier chapitre, j'ai essayé d'exposer, tant au point de vue de l'histoire qu'au point de vue de la pratique actuelle, le rôle joué par la Couronne dans le choix des ministres, la détermination de la politique, le détail de l'administration* ».

[342] *Ibid.*, p. 14 : « *La difficulté pour quiconque étudie la Constitution anglaise, en tant qu'ensemble de dispositions légales, c'est qu'il ne peut jamais laisser l'histoire de côté. Il n'y a pour ainsi dire pas une règle de la Constitution qui n'ait un long passé ou qui puisse être comprise sans qu'on considère les circonstances qui la firent établir* ».

[343] Voir E. A. Freeman, *Le développement de la Constitution anglaise depuis les temps les plus reculés jusqu'à nos jours*, Paris, Guillaumin et Cie, 1877, 217 p. L'ambition de Freeman est explicité dans sa préface : « *Pour ma part, mon objet a été de montrer que les institutions primitives de l'Angleterre et des autres pays teutoniques ne sont pas pure matière à spéculation curieuse, mais au contraire se rattachent étroitement à notre état politique actuel* ».

pour donner au lecteur une vue personnelle sur le passé et un jugement équitable du présent. Les racines du présent s'enfoncent profondément dans le passé et rien n'est mort du passé pour l'homme qui a voulu apprendre comment le présent arrive à être ce qu'il est[344] ».

Par conséquent, compte tenu des caractéristiques mêmes du système constitutionnel anglais, la doctrine est nécessairement amenée à effectuer en amont de l'analyse proprement dite, un travail d'identification plus ou moins précis[345] des règles qui entrent dans son objet d'étude.

Il est alors assez frappant, pour illustrer le propos en dernière analyse, de relever les définitions du droit constitutionnel au sein des manuels. Dicey, pour ne prendre qu'un exemple d'auteur, nous dit que le droit constitutionnel, « *dans le sens où ce terme est employé en Angleterre, semble embrasser toutes les règles intéressant directement ou indirectement l'exercice de la puissance souveraine dans l'Etat. Il comprend par suite, entre autres choses, toutes les règles qui définissent les organes du pouvoir souverain, toutes celles qui gouvernent leurs relations réciproques ou qui déterminent la façon dont l'autorité suprême ou les membres de cette autorité exercent leur pouvoir. Les règles du droit constitutionnel fixent l'ordre de la succession au trône, règlent les prérogatives du magistrat suprême, déterminent la forme de la législature et son mode d'élection. Elles concernent aussi les ministres, leur responsabilité, leur sphère d'action, limitent le domaine sur lequel s'étend la souveraineté de l'Etat et déterminent quels sont les sujets et quels sont les citoyens*[346] ». Loin de circonscrire d'une façon générale le ou les objets du droit constitutionnel, cette définition se contente d'énoncer l'ensemble des règles qui effectivement rentrent dans le champ de la discipline. Exhaustives et précises, ces définitions entendent clarifier ce qui ne l'était pas avant. Au fond, tout est potentiellement constitutionnel. Sans critère de détermination de la norme constitutionnelle opposée aux autres sources du droit et sans texte susceptible de livrer des domaines constitutionnels, les définitions relèvent de l'énumération[347].

---

[344] W. Stubbs, *Histoire constitutionnelle de l'Angleterre, son origine et son développement*, t. 1, Paris, Giard et Brière, 1907, 920 p.

[345] Dicey considère que le droit constitutionnel « *semble embrasser* » tel ou tel aspect ; « *qu'entre autres choses* », il concerne telle institution. La première phrase de l'ouvrage de William Anson est également intéressante : « ***Au début d'un traité de la constitution anglaise il convient de tenter une délimitation approximative, une définition du sujet*** ». W. Anson, *Loi et pratique constitutionnelles de l'Angleterre*, vol. 1, *op. cit.*, Chapitre Premier, p. 1.

[346] A. V. Dicey, *Introduction à l'étude du droit constitutionnel*, *op. cit.*, Introduction, p. 21.

[347] A titre de comparaison, à la même époque en France, Maurice Hauriou considère que l'objet du droit constitutionnel est « *la constitution politique et sociale de l'Etat* » ; pour Adhémar Esmein, il s'agit de « *la forme de l'Etat ; la forme et les organes du gouvernement ; les limites des droits des Etats* ». Voir M. Hauriou, *Précis*

2/ L'induction de lois générales à partir de l'observation réelle du droit et des institutions : la notion de « fait légal » chez Albert Venn Dicey

L'appréhension empirique et analytique du droit constitutionnel anglais est clairement illustrée par les plans des manuels publiés au début du XXe siècle. En effet, au sein de la littérature juridique anglaise, les plans se contentent le plus souvent de présenter les institutions politiques et les relations qu'elles entretiennent. En particulier, lorsque les manuels sont rédigés en deux volumes, il s'agit d'un découpage isolant d'un côté le « *Parlement* » et de l'autre, « *le Gouvernement*[348] ».

En ce sens, Alpheus Todd dans *Le gouvernement parlementaire en Angleterre*, découpe son raisonnement en trois parties[349] : « *Première partie/ prérogative et gouvernement parlementaire ; Deuxième partie/ les prérogatives de la couronne et Troisième partie/ histoire du cabinet*[350]. » C'est encore un plan assez similaire qui est retenu dans le volumineux ouvrage *Loi et pratique constitutionnelle de l'Angleterre* de William Anson[351]. Le second volume, consacré à la couronne, comprend X chapitres parmi lesquels, « *La prérogative de la couronne ; le droit à la couronne et les rapports entre le souverain et les sujets ; les conseils de la couronne ou les départements du gouvernement et les ministres de la couronne*[352] ».

Ces deux exemples de plans analytiques montrent que l'objectif des jurisconsultes anglais est la description des institutions anglaises et leur fonctionnement réel. C'est le fonctionnement réel des institutions qui doit être décrit, notamment parce que les sources essentielles du droit constitutionnel sont dans l'histoire, la coutume ou la jurisprudence.

Pour cette raison, la science du droit constitutionnel anglais est empirique et factuelle, même si certains auteurs, Dicey notamment, s'efforcent de dégager certains principes qui sont au

---

élémentaire de droit constitutionnel, Paris, Sirey, 1925, Introduction, p. 1 ; A. Esmein, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, 7e éd., vol. 1, Paris, L. Tenin, 1927, Introduction, p. 1.

[348] Voir en ce sens, A. Todd, *Le gouvernement parlementaire en Angleterre, op. cit.* ; voir également W. Anson, *Loi et pratique constitutionnelles de l'Angleterre, Loi et pratique constitutionnelles de l'Angleterre, op. cit.*

[349] L'objet du manuel vise à : « *décrire simplement la mise en œuvre des institutions représentatives en Angleterre, telles qu'elles existent maintenant* ». A. Todd, *Le gouvernement parlementaire en Angleterre, op.cit.*

[350] *Ibid.*

[351] W. Anson, *Loi et pratique constitutionnelles de l'Angleterre, Loi et pratique constitutionnelles de l'Angleterre, op. cit.*

[352] *Ibid.*, table des matières, p. XIII.

Le premier volume relatif au Parlement, contient les Chapitres suivants : « *La réunion du Parlement, La Chambre des Communes, La Chambres des Lords, La procédure législative, La Couronne en Parlement, Le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif en conflit*, etc ». Voir W. Anson, *Loi et pratique constitutionnelles de l'Angleterre, op. cit.*

fondement de la Constitution anglaise[353]. Pour reprendre les termes mêmes de l'éminent juriste anglais en préface de son manuel, « ***le but de ce livre est d'exposer et d'illustrer deux principes fondamentaux qui dominent la Constitution toute entière, telle qu'elle existe aujourd'hui, à savoir la souveraineté du Parlement, le règne ou la suprématie de la Loi***[354]». Plus précisément, Dicey parle d'une recherche des « *premiers principes*[355] » qui permettent de rendre compte d'une façon générale, de l'organisation constitutionnelle anglaise en vigueur même si l'emploi du qualificatif « *premier* » ne signifie pas que ces principes transcendent et sont antérieurs au régime constitutionnel. Au contraire, ils sont « *devenus peu à peu apparents*[356] », au terme d'un travail d'observation des règles et de la pratique constitutionnelles.

A propos du premier d'entres eux, Dicey montre que la souveraineté parlementaire dans sa nature, est « *un fait juridique, pleinement reconnu par la loi anglaise*[357] ». Au sens de la Constitution, le principe de la souveraineté signifie d'abord, « *le droit de faire ou de ne pas faire une loi quelconque* » et ensuite, « *que la loi anglaise ne reconnaît à aucun homme, ni à aucun corps, le droit de négliger ou d'écarter les lois faites par le Parlement*[358] ». Par extension, le juriste anglais déduit un aspect positif à l'exercice de ce pouvoir suprême (toute loi nouvelle adoptée par le Parlement acquiert un caractère obligatoire sanctionné par les tribunaux[359]) et un aspect négatif (aucun acte émanant d'une autre autorité ne peut écarter ou s'opposer à une loi, expression de la volonté du Parlement[360]). Ces deux facettes, fixées en amont de l'analyse, sont alors vérifiées de façon empirique au travers de l'histoire constitutionnelle nationale[361] et du droit positif en vigueur. Cette vérification permet alors

---

[353] Voir par ailleurs à la même époque, A. Todd, *Le gouvernement parlementaire en Angleterre*, *op. cit.*, p. 3. L'auteur relève « *que les grandes maximes directrices de la constitution britannique sont l'irresponsabilité personnelle du roi, la responsabilité des ministres et le pouvoir de contrôle du Parlement. La nation doit aux hommes d'Etat qui firent la révolution de 1688, la reconnaissance complète de ces principes fondamentaux* ».

[354] A. V. Dicey, *Introduction à l'étude du droit constitutionnel*, *op. cit.*, Préface de l'édition française, p. XXIX et XXX.
Un troisième principe est traité dans le fond de l'ouvrage mais celui-ci, relève Dicey, est plus « *spéculatif* » : il s'agit de « *la dépendance des conventions vis-à-vis de la loi de la constitution* ». *Ibid.*, Introduction, p. 31.

[355] *Ibid.*

[356] *Ibid.*

[357] *Ibid*., Chapitre premier, p. 35.

[358] *Ibid*., p. 36.

[359] *Ibid.* : « *Le principe de la souveraineté parlementaire, envisagé à un point de vue positif, peut alors être formulé de la façon suivante : « tout Act du Parlement ou toute partie d'un Act du Parlement qui constitue une nouvelle loi, abroge ou modifie une loi existante, sera obéie par les tribunaux* ».

[360] *Ibid.* : « *Le même principe, considéré à un point de vue négatif, peut être posé ainsi : « D'après la Constitution anglaise, nulle personne, nul corps de personnes, ne peut dicter des règles qui ne tiendraient pas compte d'un Act du Parlement, ou qui y dérogeraient, ou – ce qui est la même chose en d'autres termes – qui pourraient être sanctionnées par les tribunaux en contravention à un Act du Parlement* ».

[361] *Ibid*., p. 38 et suiv.

d'induire que l'exercice de la souveraineté parlementaire est inconditionnel et sans limite réelle[362]. En d'autres termes, élaborée sur la base du droit constitutionnel anglais, cette thèse, relève Dicey, est « ***un fait légal indubitable***[363] ». D'ailleurs, la preuve du rattachement constant de l'édifice général au droit et à la réalité du fonctionnement du régime constitutionnel est illustrée, de façon assez remarquable, lorsque Dicey discute la théorie développée par Austin sur cette même souveraineté.

Pour Austin, sur la base de la Constitution anglaise, le pouvoir souverain est réparti entre le Roi, la Chambre des Lords, la Chambre des Communes et les électeurs. Davantage, le peuple représenterait le véritable détenteur du pouvoir souverain en Angleterre. Désapprouvant, à l'instar de nombreux jurisconsultes anglais[364], que les électeurs soient détenteurs d'une partie du pouvoir souverain, Dicey réfute cet aspect en opposant une « *définition légale* » de la souveraineté à une « *définition politique*[365] ». La première signifie la compétence de faire les lois sans aucune limite quelle qu'elle soit et la seconde renvoie à l'expression d'une volonté qui est respectée par les citoyens d'un Etat. Précisément, conformément à une acception politique, on peut considérer que la volonté des électeurs est souveraine[366]. Or, relève Dicey, il ne s'agit pas d'un « *fait légal*[367] », notamment parce que les juges ne tiennent pas compte de cette volonté sauf à considérer que celle-ci s'exprime au travers d'une loi adoptée par le Parlement. Parallèlement, toute théorie de la représentation des citoyens par le Parlement est également écartée, en ce qu'elle ne correspond pas à la Constitution en vigueur - aucune mention de « *mandat* » - et aucun juge n'est susceptible de tenir compte de la fiction de la représentation politique[368]. Par conséquent, démontre Dicey, si le peuple est « *politiquement* »

---

[362] Conformément à la même méthode, Dicey réfute les thèses qui prétendent que l'exercice de la souveraineté parlementaire connaît des limites en se fondant sur le droit. Il relève « *qu'aucune d'elles n'est contenue dans le droit anglais* », « *qu'aucune n'est confirmée soit par les statutebook, soit par la pratique des tribunaux* ». *Ibid*., p. 55 et 64.

[363]*Ibid*., p. 62. Il ajoute, afin d'en préciser les contours : « *Le Parlement peut légalement légiférer en toute matière que le Parlement estime être sujet convenable de législation. D'après la Constitution anglaise, il n'existe aucun pouvoir qui puisse se poser en rival de la souveraineté législative du Parlement* ».

[364] *Ibid*., p. 64.

[365] *Ibid*., p. 66.

[366]*Ibid*. : « *nous pouvons affirmer que les arrangements de la Constitution sont maintenant tels, qu'on peut assurer que la volonté des électeurs, par des moyens réguliers et constitutionnels, s'affirmera toujours en dernier ressort comme l'influence prédominante dans le pays. Mais c'est là un fait politique* ».

[367] *Ibid*.

[368] *Ibid*., p. 68-69 : « *Rien n'est plus certain qu'aucun juge anglais n'a jamais concédé et ne concèdera jamais que, d'après la Constitution actuelle, le Parlement est, au sens légal, un « mandataire » des électeurs. Ce « mandat » imaginaire, les tribunaux ne le connaissent pas. La vérité, c'est qu'en matière de loi le Parlement est le souverain pouvoir dans l'Etat, et que la « supposition » traitée, par Austin d'inadmissible, est la définition véritable d'un fait légal qui forme la base de tout notre système législatif et judiciaire* ».

détenteur d'une partie de la souveraineté, « *légalement* » c'est le Parlement qui en possède l'intégralité.

Finalement, on pourrait qualifier la méthode anglo-saxonne de l'époque, dont Dicey est le principal représentant, de sociologique[369]. Elle repose sur l'observation des faits et procède par voie d'induction. A travers l'analyse réelle de la naissance et de l'évolution des institutions et seulement celle-là, les anglais parviennent à induire un certain nombre de principes directeurs pour caractériser le fonctionnement du régime constitutionnel britannique.

B/ La « dogmatique allemande » : la déduction dans le droit positif des conséquences de principes généraux et abstraits

La méthode développée par la doctrine publiciste allemande à la la fin du XIXe siècle - « *la dogmatique juridique*[370] » - permet, à partir des seules dispositions constitutionnelles (1), de dégager logiquement les principes généraux qui sont au fondement du droit positif en vigueur (2).

1/ Un projet méthodologique fondé sur la logique des institutions consacrées par la Constitution

C'est au XIXe siècle qu'apparaît en Allemagne, le souci d'ériger le droit public au rang de science véritable, dans la continuité du droit privé qui l'a précédé. Succédant à l'Ecole historique, dont Friedrich Savigny est le principal chef de file[371], deux grands juristes

---

[369] Sur la terminologie et l'opposition entre méthode sociologique et méthode juridique, voir M. Deslandres, « La crise de la science politique », *RDP*, 1900, p. 435.

[370] Le terme « *dogmatique juridique* » est celui utilisée par la doctrine allemande. Voir, P. Laband, *Droit public de l'Empire allemand*, Paris, V. Giard et E. Brière, 1900, vol. 1, préface à la deuxième édition.

[371] S'agissant du traitement doctrinal du droit, Savigny présente la méthode historique en introduction du premier numéro de la *Revue pour la science historique du droit* et l'oppose à celle de « *l'Ecole anhistorique* ». Synonyme de « *science de la législation* », la science juridique est pour Savigny, la « *présentation historique de la fonction législative d'un Etat à une époque donnée* ». Voir F. C. Savigny, « Sur le but de la présente revue », *in* O. Jouanjan (Dir.), *L'esprit de l'Ecole historique du droit*, Annales de la Faculté de droit de Strasbourg, n° 7, 2004, p. 25 et suiv.

Pour les partisans de l'Ecole historique donc, l'histoire est la seule voie qui permet de connaître la situation présente et pour connaître le droit, il faut interroger le passé, la législation dans son développement au sein d'une

germaniques placent la conceptualisation du droit public au cœur de leurs pensées et sont considérés comme les grands artisans de la science du droit constitutionnel moderne en Allemagne : Carl Friedrich Gerber et Paul Laband[372]. Défenseurs d'un conceptualisme fort en droit public, le projet méthodologique défendu par ces deux juristes s'inscrit en rupture avec l'Ecole historique, essentiellement parce qu'il n'accorde pas d'importance à l'histoire et fonde le terrain d'analyse sur le seul droit positif en vigueur[373].

D'une façon générale, les deux juristes - « *l'Ecole Gerber-Laband*[374] » - raisonnent sur la base des règles de droit constitutionnel et montrent, dépassant ainsi un positivisme qui se contente de décrire strictement la règle[375], que toute législation particulière n'est que la conséquence logique et appliquée, de principes généraux supérieurs. La méthode retenue est ainsi qualifiée de « *dogmatique juridique*» et elle « ***consiste à analyser les formes juridiques, à ramener les notions particulières à des principes plus généraux et à déduire de ces principes les conséquences qu'ils impliquent***[376] ». L'objet de la science juridique vise à découvrir les principes généraux qui sont au fondement de toute législation positive. Elle suppose alors la croyance en la réalité et l'antériorité de tels principes par rapport aux règles juridiques.

En pratique, l'analyse du droit de l'Empire allemand par Paul Laband, dans son important *Droit public de l'Empire allemand*[377] publié en français en 1900, représente l'une des

---

période donnée. Voir pour une vue d'ensemble, O. Jouanjan, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800- 1918)*, Paris, PUF, 2005, 364 p.

[372] Georg Jellinek participe également à la fondation scientifique du droit public, notamment, au travers de son ouvrage important, *L'Etat moderne et son droit*, mais la méthode qu'il défend s'écarte de celle de Gerber et Laband. Essentiellement, il s'oppose à la connaissance comme reproduction d'un état de choses préexistant. L'objet de la connaissance n'est pas simplement donné, il est construit, c'est-à-dire qu'à travers les faits étudiés de façon empirique, on induit des cadres plus généraux et abstraits. Voir G. Jellinek, *L'Etat moderne et son droit* (1911), 2 vol., Paris, LGDJ, 2005.

[373] Voir sur ce point, O. Jouanjan, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne*, *op., cit.*, p. 215 : « *Le concept premier du système gerbérien, la puissance de volonté, exclut de reconnaître à l'organisme, mais aussi et surtout à l'histoire un poids juridique spécifique. Ils sont du côté du factuel* ».

[374] Expression empruntée au Professeur Jouanjan, *in Une histoire de la pensée juridique en Allemagne*, *Ibid.*, p. 187.

[375] Voir sur ce point, P. Laband, *Droit public de l'Empire allemand*, *op. cit.*, préface à la première édition allemande, p. 2.

[376] Voir O. Jouanjan, « Carl Friedrich Gerber et la constitution d'une science du droit public allemand », *in* O. Beaud, P. Wachsmann (Dir.), *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 1997, p. 11.
Dans la préface de la deuxième édition allemande du *Droit public de l'Empire allemand*, Paul Laband définit lui-même très clairement la dogmatique : « *Le rôle scientifique de la dogmatique, dans un droit positif déterminé, consiste à analyser les formes juridiques, à ramener les notions particulières à des principes plus généraux et à déduire de ces principes les conséquences qu'ils impliquent. Tout cela – abstraction faite de l'exploration des règles de droit positif, de la connaissance approfondie et de l'entendement complet de la matière que l'on traite – est un travail d'esprit purement logique* ». Voir P. Laband, *Droit public de l'Empire allemand*, *op.cit.*

[377] *Ibid.*

applications les plus claires et représentatives de la « *dogmatique allemande*[378] » pratiquée à l'époque. A titre principal en effet, il s'agit, à partir de principes déterminés en amont de toute analyse[379], de déduire strictement les conséquences de leur application dans le droit[380]. Pour reprendre les termes mêmes de Laband sur ce point, « ***il n'y a de particulier dans la constitution allemande, comme dans toute législation concrète, que l'application effective et l'enchaînement des principes généraux du droit***[381] ».

Ainsi, le discours de Laband tend à montrer une sectorisation entre le droit et les principes et surtout, un lien de subordination du premier sur les seconds[382]. Notamment, l'éminent juriste montre que la Constitution de l'Empire et les institutions nouvelles qu'elle consacre, ne sauraient échapper aux principes antérieurs et abstraits qui ont toujours eu valeur opératoire pour fonder le droit[383]. L'analyse de deux institutions organisées par la Constitution l'Empire et qui n'étaient pas consacrées par la Constitution de la Confédération de l'Allemagne du Nord, l'Empereur et le *Bundestag*, illustre cet aspect, de façon patente. A propos du premier, Paul Laband montre que si le terme « *Empereur* » n'apparaît à aucun moment dans le droit positif de la Confédération, les textes comme les déclarations politiques de l'époque, montrent que les fonctions et les droits de l'ancien chef de la Confédération, au titre de *Praesidium* fédéral, correspondent à celle de l'Empereur. En d'autres termes, en rétablissant l'Empereur, la Constitution n'a pas crée une institution nouvelle qui ne correspond pas aux catégories

---

[378] Le Professeur Olivier Jouanjan parle de Laband comme « *l'exécuteur testamentaire intellectuel de Gerber* ».Voir O. Jouanjan, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918), op. cit.*, p. 188.

[379] Voir M. Deslandres, « La crise de la science politique », *op.cit.*, p. 438. Maurice Deslandres évoque le fondement métaphysique de la pensée de Laband : « *c'est la croyance qu'il y a en effet des concepts juridiques généraux préexistants à toute organisation politique positive, données de la raison même, catégories abstraites , auxquels se rapportent toutes les institutions que nous pouvons imaginer et que les constitutions des différents peuples peuvent appeler à la vie ; concepts juridiques supérieurs desquels dans un ordre logique découlent les règles sans nombre, dont le tissu, au dessin infiniment varié mais toujours harmonieux, forme l'ensemble du droit public* ».

[380] Voir sur ce point, la préface de Ferdinand Larnaude, *in* P. Laband, *Droit public de l'Empire allemand*, *op. cit.*, préface, p. IX et X : « *C'est « par déductions logiques » qu'il procède, c'est de la « dogmatique » qu'il fait, c'est « la nature juridique des règles du droit public » qu'il recherche, ainsi que « les notions plus générales auxquelles elles se subordonnent* ».

[381] *Ibid.*, préface à l'édition française, p. 3. Ces principes, encore, transcendent même le droit public et tendent vers l'universalité, dans la mesure où ils ont, pour certains d'entre eux, un équivalent en droit privé. Décharnés de leur coloration particulière, ils correspondent alors à des principes généraux du Droit. *Ibid.* : « *Il arrive enfin que, dans le domaine du droit public, de nombreux principes reviennent, qui ont été scientifiquement établis et développés dans le domaine du droit privé mais qui, de leur nature, ne sont pas des principes de droit privé mais des principes généraux du Droit. Seulement, il faut les dépouiller ici de ce qui les rattache spécifiquement au droit privé* ».

[382] *Ibid.* : « *Il s'agit d'analyser les nouvelles conditions faites au droit public, d'en fixer la nature juridique, de découvrir les notions plus générales auxquelles elles se subordonnent* ».

[383] *Ibid.*

traditionnelles du droit constitutionnel. Entre les deux régimes successifs, seule la terminologie change, non l'institution envisagée dans sa généralité[384].

Enfin, s'agissant toujours de la méthode allemande, la science du droit constitutionnel défendue par Laband, est une science exclusivement juridique[385], c'est-à-dire qui exclut toute considération d'ordre historique, politique, philosophique ou sociale[386]. Il s'agit de la pratique de « *l'Isolierung* » du droit, qui consiste à rendre compte du phénomène constitutionnel au travers du seul droit positif[387]. Dans la préface du *Droit public de l'Empire allemand* [388], Paul Laband précise clairement en ce sens, qu'aux préoccupations d'ordre essentiellement politique dans l'analyse de la mise en place de l'Empire en Allemagne, l'heure est désormais venue d'en étudier les ressorts strictement juridiques[389]. « *Depuis que l'œuvre de la nouvelle organisation de l'Allemagne est accomplie* », relève l'éminent juriste allemand, « *le besoin se fait sentir de savoir clairement quelle est cette œuvre et quels en ont été les résultats. Satisfaire ce besoin, est le rôle de la science du droit*[390] ». Le raisonnement de Laband repose ainsi le plus souvent, sur les articles de la Constitution et les institutions générales apparaissent, dans leur nature, d'un point de vue strictement juridique[391].

---

[384] *Ibid.*, p. 324 : « *Mais il faut bien insister sur ce point que le rétablissement de la dignité impériale n'a pas créé une nouvelle institution en droit public. La notion de Praesidium fédéral n'a pas été modifiée par le fait qu'on y a adjoint le titre d'Empereur. Des circonstances historiques qui amenèrent le rétablissement de ce titre, des motifs et des déclarations qui accompagnèrent la proposition et la discussion du texte de la Constitution actuelle* (…), *il résulte, avec pleine certitude, que la fonction impériale est absolument identique au Praesidium fédéral et que, en dehors du titre et des insignes qui répondent à ce titre, elle ne contient pas d'autres droits que les droits présidiaux* ».

[385] Sur ce point, le Professeur Jouanjan parle de la « *purification de la dogmatique de tous les éléments* « *méta-juridiques* » *que sont les considérations politiques, philosophiques et éthiques* ». Voir O. Jouanjan, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918), op. cit.*, p. 193.

[386] P. Laband, *Droit public de l'Empire allemand, op. cit.*, préface, p. IX : « *C'est à coup de raisonnements, d'arguments, de théories juridiques que M. Laband construit L'Empire et ses droits. L'histoire, l'économie politique, la philosophie, la politique le préoccupent peu* ».
Voir également M. Deslandres, « La crise de la science politique », *op. cit.*, p. 443.

[387] Voir sur ce point, P. M. Gaudemet, « Paul Laband et la doctrine française », *RDP*, 1989, p. 959.

[388] A ce propos, Maurice Deslandres parle de Laband comme l'auteur du « *manifeste de l'Ecole juridique* ». Voir M. Deslandres, « La crise de la science politique », *op.cit.*, p. 436.

[389] P. Laband, *Droit public de l'Empire allemand*, vol. 1, *op. cit*, préface à la première édition allemande, p. 2 : « *La constitution de l'Empire n'est plus l'objet d'une lutte de partis, la base commune de toutes leurs compétitions ; d'un autre côté l'intelligence de cette constitution même, la connaissance de ses principes fondamentaux et des corollaires qu'il convient d'en déduire, la science exacte des nouvelles formes juridiques soulève un intérêt toujours croissant. En même temps que la constitution s'achève et commence à fonctionner, les branches spéciales du nouveau droit public se développent et augmentent en complexité ; il devient de plus en plus difficile, mais aussi de plus en plus important de maintenir, dans les questions particulières du domaine du droit public, les dogmes fondamentaux et les principes directeurs ; la pratique même fait surgir en foule, inépuisablement, de nouvelles questions, de nouveaux doutes qu'il faut résoudre, non pas au gré des tendances politiques ni d'après la puissance publique, mais suivant les principes du droit établi* ».

[390] *Ibid.*, p. 2.

[391] Paul Laband analyse respectivement dans le 1er volume de son ouvrage, « *la notion la nature juridique de la nationalité d'Empire, la notion et nature juridique du territoire de fédéral ou la notion juridique de la dignité*

Pour synthétiser, ce sont donc trois étapes claires qui sont identifiées par Paul Laband dans l'analyse du phénomène constitutionnel[392]. Il s'agit respectivement de circonscrire l'objet, c'est-à-dire de déterminer au sein du régime, quelles sont les règles et institutions qui relèvent du droit public, d'extraire la nature des différentes institutions en remontant aux principes qui les fondent et enfin, par une opération de logique, de déduire les conséquences de ces principes dans le droit positif[393].

2/ Au fondement de chaque institution se trouve un principe général et abstrait qui le transcende

En parcourant la table des matières du *droit public de l'Empire allemand* de Laband[394], on remarque que l'ensemble des chapitres commence par un paragraphe théorique relatif à la nature juridique de l'institution présentée[395]. Par exemple, à l'occasion d'un « *chapitre III* » relatif aux éléments de l'Empire, l'auteur traite de la nationalité et démarre ses réflexions sur « *la notion et nature juridique de la nationalité d'Empire*[396] ». De la même façon, à propos du territoire, l'auteur interroge d'emblée, la « *notion et nature juridique du territoire fédéral*[397] ». Ainsi, chaque institution et chaque organe de l'Empire[398] est rattaché, avant l'analyse au fond, à un principe premier et général.

Néanmoins, s'agissant toujours de l'organisation formelle de l'ouvrage, si la « *méthode dogmatique* » est appliquée rigoureusement dans l'ensemble des chapitres, on remarque que

---

impériale ». *Ibid.*, table des matières, p. XXI. Sur ce point, Maurice Deslandres parle d'une méthode « *intensivement juridique* ». Voir M. Deslandres, « La crise de la science politique », *op. cit.*, p. 435.

[392] *Ibid.*, p. 436-437.

[393] Cette activité intellectuelle purement logique, n'est pas sans rappeler la méthode rationnelle développée par Descartes dans son *Discours de la méthode* et qui consiste à transposer la méthode des mathématiques, à l'ensemble des sciences sociales. La méthode préconisée par Descartes est la suivante : d'abord rejeter tous les préjugés et ne reconnaître pour vrai que ce qui se laisse connaître comme vrai et distinct pour ensuite découper les problèmes en autant de parties que possible. La seconde étape consiste à avancer de l'objet le plus simple vers le plus compliqué et enfin, troisième étape, de revoir l'ensemble du système au moyen de l'énumération. Voir R. Descartes, *Discours de la méthode*, Paris, Garnier-Fammarion, 1966, 249 p. ; voir également, P. Kunzmann, F.- P. Burkard et F. Wiedmann, *Atlas de la philosophie*, Librairie Générale de France, 1993, p. 105.

[394] P. Laband, *Droit public de l'Empire allemand*, Paris, V. Giard et E. Brière, 1900, 6 vol.

[395] M. Deslandres, « La crise de la science politique », *op. cit.*, p. 441 : « ***Le premier effort en face d'une institution à expliquer doit tendre, nous l'avons vu, à la découverte du principe abstrait et logique dont elle est la réalisation concrète. Et en effet, que l'on prenne dans un traité quelconque un chapitre au hasard on verra que le premier titre que l'on rencontre est : Begriff, Begriff und Arten, Rechtsstellung, Rechtliche Natur. Quel que soit l'organe ou la fonction dont il s'agit c'est tout d'abord à l'établissement d'une formule fondamentale qui en est la caractéristique que l'auteur s'attaque*** ».

[396] P. Laband, *Droit public de l'Empire allemand*, *op. cit.*, Table des matières, p. XXI.

[397] *Ibid.*

[398] La section sur l'Empereur commence par s'intéresser à la « *Notion juridique de la dignité impériale* » et celle relative au *Bundesrath*, à « *ce qu'est le Bundesrath, discussion générale* ». *Ibid.*

l'architecture globale ne procède pas davantage qu'en droit anglais, d'une partie générale. Le raisonnement binaire qui consiste à présenter une théorie générale avant le droit positif constitue manifestement une spécificité française[399]. Ainsi, le *droit public de l'Empire allemand* ne contient pas plus de subdivisions que l'enchaînement successif d'un certain nombre de chapitres. Par exemple après un premier chapitre sur l'histoire de la formation de l'Empire, Laband s'intéresse à « *la nature juridique de l'Empire, les rapports de l'Empire avec les Etats particuliers, les fondements naturels de l'Empire, peuple et territoire*[400] ».

Dans le fond, le Chapitre II du Tome I du *Droit public de l'Empire allemand* relatif à « *la nature juridique de l'Empire*[401] » apparaît très éclairant, s'agissant de l'ensemble des aspects identifiés jusqu'alors.
A titre liminaire, Laband s'intéresse à la distinction entre la Confédération d'Etats et l'Etat fédéral. Plus précisément, au sein des unions entre Etats, il peut y avoir deux catégories : celles qui reposent sur des traités et qui entretiennent des rapports de droit international et les unions corporatives, impliquant des rapports de droit public interne. Pour ces dernières, l'acte juridique qui permet leur formation est une constitution. Sur ce point, Laband relève, d'ailleurs, que cette distinction n'est pas propre au droit public puisqu'elle trouve son pendant en droit privé. Là où on oppose en droit privé la personne juridique (sujet de droit) et la société (rapport de droit[402]), en droit public la confédération est un rapport de droit entre Etats et l'Etat en tant que tel, un sujet de droit.

Ensuite, l'élément principal qui permet de différencier ces deux formes d'union d'Etats est l'exercice du pouvoir souverain. Au sein d'une confédération d'Etats, l'exercice de la souveraineté est constitué de la somme des volontés communes des Etats, c'est-à-dire qu'elle est irréductible à la volonté propre de chacun des Etats[403]. Au contraire, ce qui caractérise l'Etat, fut-il fédéral, c'est la personnalité juridique qui lui confère directement des droits propres. Cette souveraineté est différente et indépendante de la volonté des collectivités fédérées, elle ne représente aucunement la somme de leurs pouvoirs respectifs. Les droits

[399] Sur ce point, voir *Infra*, « *C/ La théorie générale du droit constitutionnel en France* ».
[400] P. Laband, *Droit public de l'Empire allemand*, *op.cit.*
[401] *Ibid.*, p. 98 et suiv.
[402] *Ibid.*, p. 100.
[403] *Ibid*, p. 102 : « *les membres sont eux- mêmes les propriétaires de l'autorité suprême* ».

souverains de l'Etat correspondent, selon Laband, non aux « *droits des membres de l'Etat, mais les droits de l'Etat sur les membres*[404] ».
Dès lors, la différence fondamentale entre l'Etat fédéral et la confédération d'Etats réside en ce que la souveraineté dans le premier cas, est la somme des souverainetés des Etats particuliers et dans l'autre cas, la puissance de l'Etat central[405].

Après avoir livré une définition générale de l'Etat fédéral, sur la base d'une opposition avec la Confédération d'Etats, Paul Laband peut maintenant répondre à la question de savoir à laquelle de ces deux unions d'Etats correspond l'Empire allemand ?[406]
Conformément aux critères théoriques définis en amont, cette démarche consiste à rechercher dans le droit positif, si l'Empire peut revendiquer des droits propres distincts de ceux des Etats membres. Davantage, cette démarche vise à identifier une sphère de compétences indépendante de celle des Etats fédérés, c'est-à-dire à caractériser la souveraineté de l'Etat fédéral. Matériellement, il s'agit d'interroger la Constitution de l'Empire et de répertorier l'ensemble des dispositions qui démontrent l'indépendance des organes fédéraux.

Ainsi, la Constitution prévoit que l'Empire a des organes propres - le *Bundesrath* et le *Reichstag* - organes qui n'assurent aucunement la représentation des Etats membres. Pour preuve, une décision concordante de l'ensemble des entités fédérées n'est pas à même de se substituer à une décision de *Bundesrath* et réciproquement, une loi fédérale peut abroger une loi décidée de concert par les Etats membres.
Les prérogatives de l'Etat fédéral apparaissent également au sein de l'article LXXVIII de la Constitution de l'Empire qui prévoit que « *l'Empire peut, par une décision à la majorité et sous la forme d'une loi, élargir sa compétence*[407] ». D'ailleurs, si l'article IV de la Constitution organise une compétence d'attribution au profit du législateur de l'Empire, ces compétences sont si larges qu'elles s'étendent en réalité à l'ensemble des affaires essentielles. Loin de cantonner la loi de l'Etat à des domaines limitatifs, l'article IV a pour conséquence de subordonner la volonté de l'Etat fédéré en « *sa propre personne en sa totalité, en l'essence*

[404] *Ibid.*, p. 103.
[405] Enfin dans le cadre de l'Etat fédéral comparé à l'Etat simple, Laband envisage la double soumission des citoyens au droit des Etats fédérés, ainsi qu'au droit de l'Empire et la participation des Etats fédérés au droit de l'Empire.
[406] *Ibid.*, p. 149 : « *Après avoir établi l'idée générale de la confédération d'Etats et celle de l'Etat fédéral, sous-genres de l'Etat d'Etats, il faut se demander à laquelle de ces deux idées se ramène l'Empire allemand d'après son organisation juridique positive, concrète, en d'autres termes si l'Empire est une personne juridique de droit public ou un rapport de droit entre les Etats allemands* ».
[407] *Ibid*, p. 153.

même de son être, de son rôle, de ses buts[408] ». Un tel déséquilibre dans la répartition constitutionnelle des compétences entre l'Etat fédéral et les Etats fédérés a pour conséquence de réduire le principe de décision à la majorité des membres, à une soumission de ces derniers à une volonté fédérale supérieure[409].

De l'ensemble de ces dispositions, il est alors possible de déduire que le droit de l'Etat fédéral prime sur le droit des Etats fédérés, dans la mesure où l'organe central peut obliger juridiquement les entités fédérées. C'est admettre la négation des attributs de la souveraineté des Etats particuliers et reconnaître par voie de conséquence, la puissance souveraine de l'Empire.

Par conséquent, cet exemple montre que le raisonnement de Laband implique que le droit positif est un système juridique complet et sans lacune, puisque chaque institution doit toujours pouvoir être rapportée à un principe préexistant plus général[410]. Ramené à l'exemple utilisé, cela signifie que les manifestations de la notion générale d'Etat fédéral sont à rechercher uniquement à travers les dispositions constitutionnelles en vigueur[411]. Finalement, la variété des dispositions particulières n'est que l'application d'un cadre logique et harmonieux de principes juridiques supérieurs[412].

---

[408] *Ibid.*, p. 155.

[409] Pour un dernier exemple, l'article II de la Constitution pose le principe selon lequel, les lois de l'Empire prime les lois des Etats membres. *Ibid.*

[410] Dans la préface à la 1re édition allemande du *Droit public de l'Empire allemand*, Laband récuse l'idée selon laquelle la Constitution allemande serait de nature si particulière qu'elle n'entrerait dans aucun principe juridique préexistant : « *il n'y a de particulier dans la constitution allemande, comme dans toute législation concrète, que l'application effective et l'enchaînement des principes généraux du droit. La création d'un principe juridique absolument nouveau et sans pareil, qui ne puisse être subordonné à un principe de droit plus élevé et plus général, est aussi impossible que la découverte d'une nouvelle catégorie logique ou naissance spontanée d'une nouvelle force dans la nature* ». *Ibid.*, préface à l'édition française, p. 3.
Voir également, F. Müller, *Discours de la méthode juridique*, Paris, PUF, 1996, p. 104 : « *Toute Constitution nouvellement édictée, doit pouvoir être rapportée à des corps juridiques simples, pré-positifs, au sens, transposé à la science juridique, de la chimie minérale. De ce point de vue seuls l'emploi et la combinaison effective des concepts généraux du droit sont caractéristiques non seulement d'une Constitution, mais encore de toute création juridique. Toute institution juridique quelconque peut ainsi, avec une absolue nécessité, être rapportée à un concept juridique supérieur et plus général* ».

[411] En ce sens, voir M. Deslandres, « La crise de la science politique », *op. cit.*, p. 443 : « *Pour établir ces notions fondamentales, et d'une façon plus large pour étudier les constitutions politiques, la méthode veut de plus en plus que l'on recouvre exclusivement à des considérations juridiques et encore mieux aux textes des lois constitutionnelles ; c'est là que doit se trouver les fondements de toute construction juridique. Et c'est ainsi que dans les traités allemands les idées philosophiques, les enseignements de l'histoire, la vie des institutions n'ont pas de place* ».

[412] F. Müller, *Discours de la méthode juridique*, *op. cit.*, p. 103 : « *le droit en vigueur est par ailleurs selon le credo positiviste, un système sans lacune de règle de droit. Aucune question de droit véritablement indécidable ne peut voir le jour. Toute question juridique nouvelle posée en pratique est par nécessité déjà résolue par le système. Des lacunes dans la réglementation positive expresse doivent en tous les cas être rapportées par une construction juridique aux principes directeurs du droit positif. De telles questions sont donc elles aussi déjà*

C/ La théorie générale du droit constitutionnel en France : les règles idéales vers lesquelles tout gouvernement devrait tendre

La synthèse de l'évolution constitutionnelle en France et la prise en compte des institutions de l'Angleterre et des Etats-Unis, permet à Adhémar Esmein de présenter, au sein d'une partie générale, les règles qui sont nécessairement consacrées au sein d'un régime constitutionnel libéral (1). Conceptuelle, la théorie générale du droit constitutionnel est construite autour « *d'institutions-types* » (2).

1/ Les grands principes du libéralisme politique d'Occident

A plusieurs reprises et dans différents articles[413], Adhémar Esmein évoque deux méthodes différentes pour appréhender le droit constitutionnel[414] : « ***l'une est la méthode dogmatique et abstraite* (…), *l'autre, c'est une méthode d'observation***[415] ». Si la première est ancienne, relève Esmein, et consiste « *en suivant la logique des idées, à découvrir les conceptions fondamentales sur lesquelles repose une institution et à faire un système de ses règles*[416] », la seconde est nouvelle et elle permet à l'aide de l'histoire et du droit comparé, de dégager les principes généraux des institutions. Loin d'opposer ces deux méthodes qui ont un intérêt et des avantages respectifs[417], Esmein prétend au contraire utiliser les deux[418] afin de déterminer

---

préalablement et nécessairement résolues par le système du droit en vigueur. Il s'agit là d'un aveu de la nécessité de constructions palliatives eu égard à la défaillance du non liquet processuel. Il s'agit au contraire d'affirmer l'être prédécidé substantiel de tous les cas d'espèces imaginables en pratique. Les concepts généraux du droit sont donc conçus comme quelque chose donné d'avance, comme un existant en soi ».

[413] Voir par exemple s'agissant du droit civil, A. Esmein, « La jurisprudence et la doctrine », *RTDCiv*, 1902, p. 5. L'auteur montre que le développement de la jurisprudence en complément de la loi écrite, du Code civil notamment, implique que, de façon complémentaire, la doctrine mobilise à côté de la méthode dogmatique traditionnelle qui permet de déduire les principes généraux du droit civil, une méthode historique scientifique capable d'embrasser la jurisprudence.

[414] Voir sur ce point, J. Boudon, « Esmein, le droit constitutionnel et la Constitution », *in* S. Pinon, P-H. Prélot, *Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein*, Paris, Montchrestien, 2009, p. 88 et suiv.

[415] Voir A. Esmein, « Le droit comparé et l'enseignement du droit », *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, 1900, p. 493.

[416] *Ibid.*

[417] Voir J. Boudon, « Esmein, le droit constitutionnel et la Constitution », *op. cit.*, p. 89. Le Professeur Boudon cite les termes d'Esmein dans le rapport du 23 juillet 1896 sur le sectionnement du concours d'agrégation. Précisément, Esmein considère qu'en matière juridique, « *il existe deux méthodes également nécessaires. L'une aussi vieille que le droit lui-même procède par l'analyse abstraite et par la déduction : c'est la méthode dogmatique. L'autre est une méthode d'observation : elle procède par l'histoire du droit et par le droit comparé ; elle est appelée à renouveler toutes les sciences juridiques* ». « *Quelques années plus tard* », relève le Professeur Boudon, « *Esmein dira de la première qu'elle est toujours légitime, tout en louant la seconde, qualifiée de nouvelle* ».

les principes au fondement des institutions, objet véritable de la science du droit[419]. Il s'agirait alors par un travail d'observation de l'histoire constitutionnelle nationale et des régimes étrangers, de dégager des principes capables de rendre compte du phénomène constitutionnel dans sa généralité. Néanmoins, une analyse plus approfondie de son manuel montre que c'est davantage la « *méthode dogmatique* » qui est utilisée par Esmein[420].

Dans la forme, on doit aux *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, la paternité du plan standard privilégié par la majorité des manuels en droit constitutionnel par la suite. Composé de deux parties, l'ouvrage s'intéresse d'abord à la théorie générale du droit constitutionnel, avant de traiter du régime institué par la Constitution de 1875. D'une façon générale, l'élaboration d'une première partie théorique constitue, au début du XXe siècle, une démarche commune à l'ensemble des disciplines juridiques en France[421]. C'est l'époque, pour reprendre les termes des Professeurs Jamin et Jestaz, des « *bâtisseurs de théorie générale*[422]».

Œuvre strictement doctrinale et synthétique, la théorie générale correspond, pour reprendre les termes de Jacques Cadart sur ce point, à « *l'expression utilisée pour présenter un système logiquement construit*[423] ». Une telle démarche suppose un travail important d'abstraction et

---

[418] Cet aspect est couramment souligné par les auteurs qui s'intéressent aux travaux d'Esmein. Voir sur ce point, la Préface de Joseph Barthélémy à la 6e édition des *Eléments in* A. Esmein, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, 8e éd., Paris, Sirey, 1927, t. 1, Préface à la sixième édition, p. XXXIII : « *C'est dans le même esprit que le professeur Esmein s'efforce d'atteindre, par delà les théories constitutionnelles, les réalités de la politique. Il suit l'évolution, décrit les fluctuations, dénonce les déformations du régime parlementaire. L'idéal de la méthode historique est la critique des institutions par leurs résultats, la définition de l'influence qu'elles ont exercée sur la prospérité, la liberté, l'ordre, la tranquillité de la nation : pas de droit constitutionnel sans histoire politique* ».
Voir également, J. Bonnecase, *La pensée juridique française de 1804 à l'heure présente, ses variations, ses traits essentiels*, Bordeaux, Delmas, 1933, p. 465 : « *Esprit universel, animateur et initiateur, cela ne suffit pas à caractériser la personnalité d'Esmein. Il faut y ajouter l'absence de toute conception par trop dogmatique. Servi par l'histoire, Esmein n'a jamais avancé de proposition issue de ses seules idées personnelles. Il a toujours visé à s'appuyer sur la vérité expérimentale et la réalité sociale* ».
Voir encore, à propos des *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, J. Delpech, « Analyses et comptes rendus », *RDP*, 1899, p. 534 : « *son ouvrage n'en est pas moins une des études où le sens de l'histoire et l'esprit du droit public se combinent de la manière la plus heureuse ; c'est un vigoureux enchaînement de doctrines et de faits, de jugements et de prévisions, l'œuvre d'un écrivain qui a la science des lois et le don des généralisations* ». F. Moreau, « Les éléments du droit constitutionnel français et comparé de M. Esmein », *Revue politique et parlementaire*, 1903, p. 348 : « *L'ouvrage de mon éminent collègue, M. Esmein, a rencontré un vif et prompt succès auprès des savants et des étudiants, et qu'il ait plus à la fois et autant aux uns et aux autres, cela seul suffirait à attester ses mérites nombreux et divers. Tandis que la jeunesse se laissait séduire par cet enseignement lumineux, sobre et puissant, qui sait rendre accessibles à tous les plus hautes spéculations de la science politique, le monde scientifique appréciait une doctrine vigoureuse et libre, une documentation prodigieuse, une connaissance profonde de l'histoire constitutionnelle de la France et de l'étranger* ».
[419] Voir sur ce point, *Infra*., §2.
[420] J. Boudon, « Esmein, le droit constitutionnel et la Constitution », *op. cit.*, p. 89 et suiv.
[421] Voir sur ce point, Ph. Jestaz, Ch. Jamin, *La doctrine*, Paris, Dalloz, 2004, p. 150 et suiv.
[422] *Ibid*.
[423] Voir J. Cadart, *institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, Les cours de droit, 1973, p. 95.

la prétention de l'auteur - supposé avoir fait la synthèse des données positives[424], historiques, voire étrangères[425] - est d'atteindre l'essence du phénomène juridique par delà les conditions de temps et de lieu[426]. Destinée d'abord aux étudiants en droit, la théorie générale rassemble la diversité du droit positif dans l'unité de quelques principes simples et synthétiques[427], dès lors que l'objectif principal de la théorie générale consiste à permettre à l'apprenti de pouvoir accéder aux traits généraux d'une discipline. Il lui sera ensuite plus facile d'appréhender les règles particulières et appliquées.

Pour synthétiser, la théorie générale constitue le réceptacle de l'ensemble des représentations savantes d'une branche du droit et détermine un choix, de la part de l'auteur du manuel qui l'abrite en faveur d'un raisonnement déductif : à partir des principes généraux du droit, on en déduit les applications pratiques au sein du droit positif en vigueur[428].

---

[424] Le plus souvent, la théorie générale tend à l'universalité, en ce qu'elle prétend transcender la discipline juridique sur la base de laquelle elle a été élaborée et le seul système juridique national. Voir par exemple, J. Hémard, *Précis élémentaire de droit civil*, 2 t., 2e éd., Paris, 1932 : La théorie générale des obligations est la partie la plus importante du droit civil, nous dit l'auteur, pour trois raisons : « *D'une part, c'est dans cette théorie générale que se sont dégagés et affirmés tous les grands principes du droit (...) D'autre part, cette théorie générale s'étend au droit tout entier, au droit public comme au droit privé et dans le droit privé, à toutes les branches qui se sont peu à peu détachées de la souche originaire que constituait le droit civil. Enfin la portée de cette théorie est internationale. Elle est de tous les temps et tous les pays et semble tendre partout à une certaine uniformité, parce qu'elle renferme beaucoup d'idées générales et de concepts juridiques dominant les particularités momentanées et locales* ».

[425] Plus encore, la théorie générale rattache telle branche du droit à la vie sociale, aux autres disciplines juridiques et à son évolution historique.

[426] Voir E. Savaux, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, th., Paris, LGDJ, 382 p. : Sur la définition théorie générale du droit, le Professeur Eric Savaux considère que « *celle-ci varie d'un auteur à l'autre en fonction de l'objet assigné par chacun à la discipline. Elle apparaît cependant dans tous les cas comme une activité purement doctrinale, un effort de pénétration de l'essence du phénomène juridique, indépendamment des particularités liées aux diverses branches du droit ou aux différents systèmes juridiques. Une théorie générale apparaît comme une recherche d'essence sous l'accident, d'unité sous la diversité des règles. Il s'agit d'établir une cohérence, des régularités que la simple réalité brute ne livre pas. Elle est dans la pensée relative au droit, non dans le droit* ».

[427] En ce sens, Marcel Prélot qualifie la théorie générale de « *économie de pensée* ». Voir M. Prélot, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1948, p. 25.

[428] En amont de cette opération, on peut se demander comment sont construits de tels principes. Traditionnellement, deux méthodes peuvent être suivies : soit on induit dans un premier temps du ou des droits positifs nationaux et étrangers, des principes à partir desquels on déduira ensuite les conséquences dans le droit positif, soit on se contente de fixer de façon *a priori* un certain nombre de principes qui s'imposent en dehors du droit positif vers la deuxième phase, la déduction. Dans la mesure où la théorie générale demeure un instrument qui doit faciliter la compréhension du droit tel qu'il est, c'est la première méthode – la généralisation à partir de l'observation du droit – qui semble la plus à même de remplir efficacement cette visée. La double opération induction/ déduction garantit la fidélité au droit, des outils chargés de le décrire. Malgré la propension de la théorie générale à la synthèse globale, c'est-à-dire compte tenu de son fort degré de généralité, il s'agit toujours d'un « *ensemble de définitions et de principes ordonnés autour d'un certain objet dans le dessein d'expliquer de manière cohérente les solutions positives et de guider les solutions futures* ». Voir Ph. Jestaz, Ch. Jamin, *La doctrine*, *op. cit.*, p. 231.

En droit civil des obligations, à la même époque, c'est sur la base du Code civil qu'est forgée une théorie générale. S'il s'agit pour la doctrine de s'intéresser aux rapports entre les hommes du fait de leur volonté ou de leur activité, le Code civil reste la base fondamentale de leur raisonnement et le législateur a lui même prévu une partie dite générale (*Titre troisième* : *Des contrats ou des obligations conventionnelles en général*.) Voir par

Appliquée au droit constitutionnel, la théorie générale vise alors à présenter des constructions aptes à décrire toute organisation politique quelle qu'elle soit, c'est-à-dire à dégager les règles juridiques relatives à l'organisation et au fonctionnement des pouvoirs publics prises en elles-mêmes. Ce sont les principes qui devraient se retrouver dans chaque constitution moderne.

De quelle façon Esmein a construit cette partie générale et quelles sont les sources mobilisées pour dégager les principes généraux du droit constitutionnel qui en forment le contenu?

---

exemple, E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, (1937), Paris, Dalloz, 2004, 495 p. : Introduction, p. 7 : « *Donc ce cours comportera deux parties : I. Théorie générale des obligations ; II. Théorie des sûretés personnelles et des sûretés réelles* ». « *Dans la première partie, conformément au programme officiel, nous aurons à expliquer les textes du Code civil, Livre III, Titre III et IV (Des contrats ou des obligations conventionnelles en général. Des engagements qui se forment sans convention) : articles 1101- 1386. Nous y rattacherons l'explication des textes du titre XX, livre III, relatif à la prescription extinctive, simple mode d'extinction des obligations* ». Voir également, J. Hémard, *Précis élémentaire de droit civil*, Paris, Sirey, 1932, 575 p. Dès la première page de son précis, Joseph Hémard justifie son plan par rapport au Code civil : « *Il y a trois parties qui formeront la trame de nos développements (...) Le Code civil, qui demeure notre base fondamentale, ne consacre pas rigoureusement ce plan. Du moins, les matières de droit civil de seconde année s'y trouvent dans le livre III* ».

Pour ce qui concerne **le droit administratif**, en l'absence de droit écrit, c'est à partir de la jurisprudence que la doctrine a élaboré les soubassements théoriques de la discipline. Voir par exemple, Ed. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2 t., Paris, Berger-Levrault et Cie, 1887. Voir spéc., Préface, p. VII : « ***la jurisprudence est ici la véritable source de la doctrine, parce qu'elle seule peut dégager les principes permanents des dispositions contingentes dans lesquelles ils sont enveloppés, établir une hiérarchie entre les textes, remédier à leur silence, à leur obscurité ou à leur insuffisance, en ayant recours aux principes généraux du Droit ou à l'équité*** ». Voir également, R. Bonnard, *Précis de droit administratif*, 4e éd., Paris, LGDJ, 1943, Préface à la 2e édition, p. 9 : « *Les règles de droit doivent en effet être l'objet d'un double travail d'investigation : un travail de déduction dans les constructions juridiques et un travail d'induction avec les faits qui conditionnent et déterminent les règles. C'est ainsi que, dépassant une simple connaissance empirique du droit, on arrive à sa connaissance scientifique qui consiste à connaître le droit par ses causes. Car les causes du droit sont, d'une part, des causes logiques constituées par les principes dont ses règles se déduisent logiquement et d'autre part, des causes pratiques qui forment les justifications de fait de ces règles* ».

Ainsi c'est le plus souvent à partir du droit positif, que les principes et la partie générale qui les contient, sont construits. Par un travail d'induction, à partir de la loi ou la jurisprudence selon les cas, la doctrine s'efforce de dégager les principes essentiels qui gouvernent telle branche juridique. Il est par ailleurs intéressant de constater que les auteurs étudiés ne font pas de leur système conceptuel, un ensemble invariable et immuable. L'uniformité du droit des obligations, nous dit Joseph Hémard, est tributaire du temps et de l'évolution de la législation : « *il n'y a rien d'immuable en droit, (...) le droit romain des obligations n'a jamais été un idéal définitif, un maximum impossible à dépasser* ». Une comparaison entre le droit romain des obligations et le droit français révèle des différences assez substantielles. Voir J. Hémard, *Précis élémentaire de droit civil*, *op. cit.*, p. 4.

Parallèlement au moment où Laferrière entreprend la synthèse du droit du contentieux administratif à partir de la jurisprudence administrative, il prend soin de rappeler que le propre d'un droit jurisprudentiel est son caractère évolutif. Les principes qui en découlent méritent d'être confortés par la répétition des cas. Toute vision d'ensemble doit donc se garder de conclusions définitives dans des domaines où les solutions demeurent parcellaires. Voir Ed. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, *op. cit.*, Préface p. VIII : « *Cette synthèse doit être faite avec prudence ; elle ne doit pas être trop hâtive dans les matières qui n'ont donné lieu qu'à des solutions partielles et isolées ; mais elle peut et elle doit être réalisée dans toutes les questions parvenues à maturité : non seulement parce qu'elle seule permet de vulgariser les doctrines, mais encore parce qu'elle contribue à en assurer la fixité, qui est une des garanties dues au justiciable* ».

La première partie de son manuel s'intitule « *la liberté moderne : principes et institutions*[429] ». Aussi, l'objet consiste à présenter les principes et les institutions qui, appliqués au gouvernement d'un Etat, permettent de garantir la liberté politique. Précisément, Esmein considère qu'il a cherché, dans cette partie générale, « ***à dégager et à construire la théorie juridique des institutions fondamentales et des règles supérieures qui, au XIXe siècle, figurent nécessairement ou alternativement dans le droit constitutionnel des peuples libres de l'Occident***[430] ». De fait, son champ d'investigation s'arrête aux seules constitutions qui consacrent la liberté politique, c'est-à-dire en pratique, nous dit Esmein, les constitutions qui s'organisent autour du principe de souveraineté nationale ou les constitutions monarchiques qui sans ce premier principe, pratiquent néanmoins le gouvernement parlementaire ou de cabinet.[431]. Pour parvenir à ce travail de généralisation - construire les « *institutions-types et les principes qui représentent la liberté moderne*[432] » - Adhémar Esmein indique qu'il a utilisé exclusivement deux sources[433] : d'un côté la Constitution anglaise[434] et de l'autre, la Révolution française de 1789 mettant en œuvre un certain nombre de doctrines philosophiques[435].

Ainsi déterminée, la matérialité de cet objet d'étude invite à considérer que l'ensemble des organisations constitutionnelles d'Occident trouve à son fondement, les principes dégagés de la Constitution anglaise et ceux de la Révolution française. Sur ce point d'ailleurs, Esmein défend l'idée selon laquelle si avant le XVIIIe siècle on compte autant d'organisations

---

[429] A. Esmein, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé, op. cit.*, table des matières.
[430] *Ibid.*, Préface à la première édition.
[431] A propos notamment de l'Empire allemand institué en 1870, Esmein rappelle son objet d'étude : « *comme l'indique le titre général que j'ai donné à ma première partie (La liberté moderne), j'ai voulu étudier les constitutions, et celles- là seulement qui « ont la liberté politique pour objet direct* ». *Ibid.*, Préface de la deuxième édition.
[432] *Ibid.*, p. 76.
[433] *Ibid.*
[434] *Ibid.* : « *Le fond commun* (…) *comprend, pour une grande partie, des institutions et des principes fournis par le droit de l'Angleterre, qui, dépouillés de leurs traits trop strictement nationaux, sont entrés dans le même courant. L'Angleterre, en effet, dans son évolution propre, avait résolu en partie, par un heureux concours de circonstances, le problème que se posaient les philosophes, le problème de la liberté politique. Elle devint naturellement pour ceux- ci un modèle, et son action éducatrice n'a, depuis lors, cessé de se faire sentir* ».
[435] *Ibid.*, p. 294 : « *La science politique des philosophes et publicistes du XVIIIe siècle* (…) *dérivait aussi et principalement d'une autre source. Elle consistait surtout en conceptions et en axiomes abstraits, dégagés par le raisonnement, soutenus simplement par les leçons de l'histoire. Ces thèses et ces axiomes avaient reçu une telle adhésion, ils avaient pénétré si communément et si profondément dans les esprits que les assemblées de la Révolution les adoptèrent et les proclamèrent comme les principes sur lesquels devait reposer la société nouvelle, et s'efforcèrent d'en faire l'exacte application et d'en déduire les conséquences* ».

politiques particulières que d'Etats singuliers après cette date, il existe des principes généraux et des institutions semblables à l'ensemble des Etats occidentaux[436].

Partant, la technique d'élaboration des principes procède moins de l'analyse particulière des institutions de chaque constitution, que d'institutions-types fixées de façon *a priori*[437]. Ils s'imposent par la croyance en des principes immuables beaucoup plus que comme une conséquence de l'observation réelle des institutions. Notamment, les sources utilisées par Esmein pour construire une théorie générale démontrent l'antériorité des principes par rapport au droit positif : les principes de la philosophie politique du XVIIIe siècle mis en pratique par les Révolutions américaine et française et les institutions anglaises, desquels on a ôté tout élément particulier pour qu'elles puissent s'adapter à tout régime constitutionnel.

Finalement, l'histoire constitutionnelle comme l'utilisation des constitutions étrangères sont une preuve de la consécration des principes, non un moyen de les découvrir[438]. Elles ne sont pas un terrain d'observation qui permet d'induire des lois scientifiques générales mais, par une stricte opération de déduction logique, un moyen de montrer la réalité de principes universels[439]. En ce sens, la définition de la science du droit constitutionnel, retenue par

---

[436] *Ibid.*, p. 75 : « *D'après ce que j'ai dit plus haut, en comparant le droit constitutionnel et la sociologie, il semble qu'il n'y ait point de principes généraux de droit constitutionnel : il y aurait seulement les principes particuliers de chaque Constitution, Etat et Gouvernement. En réalité, il en fut ainsi en Occident jusqu'au XVIIIe siècle. Les différents Etats reposaient sur la longue possession et sur l'esprit de tradition ; ils trouvaient leur consécration dans l'histoire nationale, et ils n'en cherchaient point d'autre, leur légitimité n'étant point contestée. Leurs règles et leurs gouvernements étaient pour la plupart fixés par la coutume seule. Mais la philosophie du XVIIIe siècle introduisit en Occident un courant nouveau d'idées. Dans la mesure où elle s'appliqua aux spéculations politiques, elle fut un immense effort pour reconstituer les sociétés modernes d'après les règles de la raison et de la justice naturelle. Ce fut un levain puissant qui devait transformer le monde. Ces principes théoriques, conquérant les esprits, furent mis en pratique par la Révolution d'Amérique et par la Révolution française. De là, par une contagion irrésistible et féconde, ils ont gagné la plus grande partie des nations en Europe et en Amérique, modelant leurs constitutions dans le même sens et d'après des formules semblables. Ainsi s'est constitué un fonds commun de principes et d'institutions qui représentent véritablement la liberté moderne. Il y a de nos jours pour les peuples libres d'Occident des principes généraux du droit constitutionnel* ».

[437] S'agissant par exemple du droit anglais, Esmein précise qu'il n'a « *point l'intention d'exposer, même en raccourci, l'histoire ou la tableau de la Constitution anglaise. Comme je l'ai dit plus haut, j'étudie seulement les institutions-types qu'elle a communiquées au droit des peuples libres et particulièrement à celui de la France* ». *Ibid.*, p. 85.

[438] *Ibid.*, p. 75 : « *Dans cette première partie de mon étude, je n'ai point l'intention d'exposer même en raccourci, l'histoire ou le tableau de la Constitution anglaise. Comme je l'ai dit plus haut, j'étudie seulement les institutions-types qu'elle a communiquées au droit des peuples libres et particulièrement à celui de la France* ».

[439] Cette démarche apparait clairement lors de l'annonce de son plan : « *Ce que j'exposerai dans la première partie de ce traité, ce sont donc les institutions- types et les principes qui représentent la liberté moderne, au sens que je viens d'indiquer. Je les étudierai dans leurs origines et dans leurs conséquences. Je montrerai surtout quelles applications ils ont reçu en France, antérieurement à la Constitution de 1875 ; je serai amené également à les suivre dans un certain nombre de pays étrangers ; mais les constitutions étrangères qui seront visées sont celles-là seulement qui ont franchement et pleinement adopté les principes de la liberté moderne* ». *Ibid.*, p. 76.

Esmein, est éclairante : distingué de la sociologie, « *qui est une science naturelle, ayant pour but de découvrir et de dégager les lois naturelles d'après lesquelles se forment, s'organisent, se développent et se décomposent les sociétés humaines*[440] », le droit constitutionnel « *prend un Etat et un Gouvernement arrivés à une forme déterminée, qu'a fixé la coutume ou la législation : il en dégage l'esprit et les principes fondamentaux, dont il tire les conséquences ; il en construit ainsi le système logique et juridique*[441] ». Cette distinction entre les deux disciplines montre bien qu'Esmein, malgré la revendication d'une méthode d'observation, pense que le droit constitutionnel doit être analysé conformément à une « *méthode dogmatique*[442] ». L'objet de la science du droit est dans la recherche de la nature et des principes qui gouvernent à chaque institution[443].

Esmein ne cherche donc pas à décrire les constitutions en vigueur à la fin du XIXe siècle, mais à déterminer les règles que toute constitution à la fin du XIXe siècle doit contenir, dans la mesure où seules ces règles permettent la réalisation de la liberté politique. Scientifiquement, il s'agit de fixer de façon *a priori* un principe qui trouve sa source dans la philosophie politique ou l'histoire anglaise et de conforter son existence, à travers les conséquences logiques dudit principe au sein des dispositions constitutionnelles. De là découle une vision exclusivement juridique[444] des institutions et de fait, une déconnexion totale de la vie réelle des institutions et de la pratique politique[445].

Voir sur ce point également, J. Boudon, « Esmein, le droit constitutionnel et la Constitution », *in* S. Pinon, P-H. Prélot, *Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein*, Paris, Montchrestien, 2009, p. 91.

[440] Voir A. Esmein, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé, op.cit.*, Introduction, p. 41.

[441] *Ibid*.

[442] Cet aspect est bien mis en valeur par le Professeur Boudon dans son article « Esmein, le droit constitutionnel et la Constitution ». Voir J. Boudon, « Esmein, le droit constitutionnel et la Constitution », *op. cit.*, p. 88 et suiv.

[443] Voir, A. Esmein, « Le droit comparé et l'enseignement du droit », *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, 1900, p. 493. Sur ce point, une telle entreprise rapproche clairement la méthode défendue par Paul Laband dans l'analyse de l'Empire allemand. Voir *Supra*, B/

[444] Le Professeur Olivier Beaud parle d'un « *idéalisme juridique* ». Voir O. Beaud, « La souveraineté dans la « Contribution à la théorie générale de l'Etat » de Carré de Malberg », *RDP*, 1994, p. 1270.

[445] Les classifications élaborées par Esmein procèdent d'une lecture strictement juridique, d'une « *hyperthéorie* », pour reprendre les termes utilisés par le Professeur Beaud, qui consiste à ne voir dans le droit et la pratique, qu'un moyen de conforter les constructions juridiques. Voir en ce sens, O. Beaud, *Théorie de la fédération*, Paris, PUF, 2007, p. 14.

2/ Les grandes classifications du droit constitutionnel en général et de la IIIe République en particulier : la construction d' « institutions-types[446] »

En pratique et de façon appliquée, le régime libéral théorique présenté par Adhémar Esmein, est celui qui a réussi à traduire le gouvernement représentatif, le bicamérisme, la responsabilité ministérielle et le régime parlementaire hérités de l'expérience anglaise[447], ainsi que les théories de la souveraineté nationale, de la séparation des pouvoirs, des droits individuels et du constitutionnalisme écrit conceptualisées par les philosophes des Lumières au XVIIIe siècle[448].

Afin d'illustrer la démarche d'Esmein dans le fond, l'exemple du gouvernement représentatif est intéressant[449]. Hérité de l'expérience anglaise et déduit des révolutions française et américaine, cette forme d'organisation du pouvoir politique représente l'un des principes constitutionnels « *des peuples libres d'Occident*[450] ».
Susceptible de s'adapter aux institutions républicaines ou monarchiques, d'être pratiqué au sein d'un régime parlementaire ou présidentiel, le gouvernement représentatif, dans sa forme classique, comporte néanmoins trois caractéristiques fondamentales[451]. D'abord, la Nation souveraine n'exerce en réalité aucun attribut réel du pouvoir et elle confie par délégation, à des représentants, le soin d'agir en son nom. Ces derniers, il s'agit du second point, sont irresponsables et doivent demeurer indépendants durant toute la durée de leur mandat. Enfin, Adhémar Esmein entend insister sur le fait que la technique de la représentation politique n'est pas un mécanisme imparfait d'exercice direct du pouvoir par le peuple, impossible à mettre en œuvre en pratique. Il est tout simplement préférable au gouvernement direct. Notamment, la confection des lois, par des représentants, garantit une législation de qualité et la représentation ne signifie nullement un accaparement du pouvoir suprême par les

---

[446] A. Esmein, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé, op. cit.*, p. 76.
[447] *Ibid*., p. 85.
[448] *Ibid*., p. 303 : « *Dans cette transcription ces doctrines subissaient une nouvelle transformation. Ce qui en restait là, c'était seulement les formules et les idées simples, qui devaient frapper le peuple, mais qui, détachés du système dont elles faisaient partie, isolées du contexte, séparées des explications ou des restrictions* ».
[449] A. Esmein, « Deux formes de gouvernement », *RDP*, 1894, p. 15. Voir par ailleurs l'analyse de M. Pinon sur ce point. S.Pinon, « Regard critique sur les leçons d'un maître du droit constitutionnel. Le cas Adhémar Esmein (1848- 1913) », *RDP*, 2007, n°1, p. 193.
[450] Voir A. Esmein, « Deux formes de gouvernement », *op. cit.*, p. 18 : « *Il apparaît encore à beaucoup d'esprits comme la combinaison la plus ingénieuse et la plus sûre qu'aient inventée les hommes pour organiser la liberté politique* ».
Voir par ailleurs, A. Le Divellec, « Adhémar Esmein et les théories du gouvernement parlementaire », *in* S. Pinon, P-H. Prélot, *Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein*, Paris, Montchrestien, 2009, p. 149 et suiv.
[451] A. Esmein, « Deux formes de gouvernement », *op. cit.*, p. 15 : « *Cependant il présente partout et toujours certains traits essentiels* ».

institutions politiques. D'ailleurs, un certain nombre de contrepoids à l'exercice inconditionné du pouvoir sont le plus souvent prévus par la Constitution[452].

Cependant, l'évolution constitutionnelle du gouvernement représentatif, aux Etats-Unis et en Europe, montre qu'un certain nombre de techniques nouvelles sont apparues. Le « *type-pur* » semble réaménagé par l'apparition de techniques qui appartiennent à « *un autre type* », le gouvernement direct, porteur de conséquences opposées. Il s'agit essentiellement d'adjoindre aux institutions représentatives, le monocamérisme, le mandat impératif, des techniques de participation du peuple à l'exercice du pouvoir ou encore d'admettre la représentation légale des minorités au sein de l'Assemblée législative.

De là, il ne s'agit pas pour Esmein de démontrer que tel ou tel mécanisme est bon ou mauvais, voire d'apprécier la valeur de telle institution en pratique. Sa démarche vise simplement à montrer qu'on ne peut pas emprunter telle ou telle institution à un mode de gouvernement pour l'intégrer à un autre, sans risquer de heurter la logique juridique et à rompre l'équilibre propre à chaque type de gouvernement[453]. Les caractéristiques propres à chaque « *type- pur* » de gouvernement, en d'autres termes, ne sauraient être confondues à moins de provoquer un déséquilibre dans le fonctionnement normal des institutions. De façon pratique, cela signifie que le « *type-pur* » de gouvernement implique quatre conséquences logiques et invariables (le bicamérisme[454], le mandat représentatif, le non recours à des techniques de participation directe du peuple, l'absence de représentation des minorités au sein de la chambre législative) et qu'un autre type, le gouvernement direct ou « *type impur* », justifie quatre institutions opposées (le monocamérisme, le mandat impératif, le référendum et la représentation légale des minorités à l'Assemblée).

---

[452] *Ibid*., p. 17 : « *Dans ce système, la puissance des représentants légaux de la nation n'en est pas moins immense. On remédie à cet inconvénient par une série de contrepoids. C'est d'abord et essentiellement la séparation des pouvoirs, exécutif, législatif et judiciaire, indépendants les uns des autres et juridiquement égaux, chacun sur son domaine. Ce sont ensuite des mesures de précaution qui visent séparément chacun des pouvoirs distincts. On a introduit comme garanties : contre le pouvoir législatif, la division du corps légiférant en deux Chambres ; contre le pouvoir exécutif, la responsabilité ministérielle, pénale ou politique ; contre le pouvoir judiciaire, outre quelques rares et discrètes exceptions au principe de l'inamovibilité, l'institution du jury en matière criminelle* ».

[453] *Ibid*., p. 24 : « *Les institutions que je viens de passer en revue – assemblée législative unique, mandat impératif, referendum, représentation légale des minorités – peuvent être jugées et appréciées chacune séparément et d'après leur volonté propre. Ce n'est point cet examen que je me propose de faire ici. Je voudrais simplement montrer qu'elles* (les règles qui relève du gouvernement direct) *sont contraires et antipathiques au génie du gouvernement représentatif, parce qu'elles appartiennent au mécanisme logique d'une autre forme de gouvernement, où elles figurent soit comme moteurs, soit comme contrepoids. Introduites dans le gouvernement représentatif classique, elles ne peuvent que détruire un équilibre préétabli, causer des troubles de fonctionnement, apporter peut être des germes de dissolution* ».

[454] La défense du bicamérisme repose sur l'idée selon laquelle une chambre unique implique une identification entre les représentants et les représentés. Or le travail législatif ne doit pas être dicté par les électeurs.

Manichéen, le raisonnement d'Esmein tend donc à montrer que deux formes irréductibles de gouvernement, aux caractéristiques propres, peuvent être envisagées. Si le gouvernement direct est en pratique difficile à mettre en oeuvre, il ne faut pas pour autant voir dans l'institution du gouvernement représentatif un mécanisme de substitution, mais la meilleure forme d'organisation politique. Plus que le gouvernement direct en tant que tel, le danger provient de la tendance à lui emprunter un certain nombre de règles, en essayant de les faire cohabiter avec le gouvernement représentatif[455]. Cette forme intermédiaire, le gouvernement semi-représentatif, heurte la logique et ne peut conduire qu'à la dénaturation du gouvernement représentatif classique[456]. Finalement, en faisant le choix du gouvernement représentatif, les règles d'organisation des pouvoirs publics dans leur ensemble, doivent tirer toutes les conséquences de ce principe. En introduisant des techniques qui répondent d'une autre « *institution-type* », on court-circuite la logique de l'ensemble des institutions. Pour cette raison, l'article se termine avec cette phrase : « ***Le mélange des genres est autrement grave en politique qu'en littérature, et la logique des organismes est peut-être la plus impérieuse de toutes***[457] ».

Appliquée de façon homogène par Esmein, l'élaboration de « *institutions-types* » aux conséquences logiques et surtout d'un « *type pur et idéal* », opposé à d'autres formes dérivées voire viciées qui répondent de conséquences contraires, explique pour partie l'influence de son ouvrage sur la doctrine constitutionnaliste au XXe siècle. Véritable guide doctrinal pour expliquer le phénomène constitutionnel[458], les *Eléments* offre une synthèse des faits

---

[455] *Ibid.*, p. 41 : « *Ce qui parait un danger proche et sérieux, c'est la tentation d'emprunter isolément telle ou telle règle comme un expédient commode pour résoudre certaines difficultés* ».

[456] Chaque institution n'a pas d'existence en soi, elle n'acquiert de valeur qu'appliquée à un modèle type et abstrait fixé de façon *a priori*.
La conclusion à laquelle arrive Esmein au terme de cet article résume parfaitement sa démarche : « *J'ai cherché à mettre en regard les deux formes antinomiques du gouvernement représentatif, avec leur traits aujourd'hui connus. La seconde, si elle se réalisait jamais à l'état complet aurait, je crois, pour résultat : peu de lois et peu d'action gouvernementale. Mais c'est là une hypothèse tellement invraisemblable pour les temps actuels, qu'il est inutile de l'examiner. Ce qui paraît, au contraire, un danger proche et sérieux, c'est la tentation de lui emprunter isolément telle ou telle de ses règles, comme un expédient commode pour résoudre certaines difficultés. Le mélange des genres est autrement grave en politique qu'en littérature, et la logique des organismes est peut- être la plus impérieuse de toutes* ». *Ibid.*, p. 41.

[457] *Ibid.*, p. 35.

[458] Voir G. Conac, « Adhémar Esmein, théoricien du système constitutionnel américain », *Mélanges Patrice Gélard*, Paris, Montchrestien, 2001 : « ***A partir du « moment Esmein », situé à la charnière des deux siècles, les classifications harmonieuses systématisées dans les Eléments vont peu à peu faire autorité en matière constitutionnelle. Notre auteur, comme Marcel Planiol en droit civil, était parvenu à structurer très largement le champ doctrinal. Les spécialistes des institutions politiques disposaient désormais des « boîtes » pour ordonner l'analyse des phénomènes de pouvoir, pour ranger les divers régimes. Des décennies durant, elles auront vocation à orienter l'ensemble du savoir constitutionnel. Mais rarement on prendra soin d'en discuter la valeur, encore moins d'en étudier les origines*** ».

constitutionnels, nationaux et étrangers, autour de quelques principes qui se répondent et s'opposent logiquement. Chaque institution est classée, opposée à son contraire et rattachée à un principe général.

§2/ La liberté politique, cadre de réflexion de la doctrine classique

Le manuel *Eléments de droit constitutionnel français et comparé* d'Adhémar Esmein marque l'ouverture d'une ère dite « *classique* » en droit constitutionnel. L'expression renvoie à l'idée selon laquelle un certain nombre de questions similaires s'est posé à la naissance du constitutionnalisme moderne, au sein de la plupart des Etats d'Occident. Ces questions, qui renvoient toutes à la meilleure façon de concilier l'exercice du pouvoir et la liberté politique des citoyens[459], impliquent alors des thèmes classiques, régulièrement repris par les manuels généraux de droit constitutionnel[460] (A).

Par ailleurs, en construisant un raisonnement au terme duquel l'histoire nationale confirme la progression des principes consacrés en 1789 vers leur aboutissement dans le droit de la IIIe République, Esmein a introduit l'idée, au sein de la doctrine, qu'au fondement des institutions républicaines, on trouve les principes libéraux de la période révolutionnaire (B).

---

[459] Voir sur ce point, S. Pinon, « Regard critique sur les leçons d'un maître du droit constitutionnel. Le cas Adhémar Esmein (1848- 1913) », *RDP*, 2007, p. 147.

[460] Par exemple, P. Rossi, *Cours de droit constitutionnel professé à la faculté de droit de Paris*, vol. 1, Paris, Guillaumin et Cie, 1866, Introduction p. VIII : « *L'idée nouvelle dont la conscience humaine est pénétrée, c'est que les constitutions des Etats doivent garantir la liberté des nations et des individus : que désormais l'autorité des gouvernements ne saurait être acceptée que comme un moyen d'atteindre ce but, le seul qui réponde à la dignité de notre nature* ». Voir dans le même sens, M. Prélot, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1948, p. 4 : « *Le droit constitutionnel selon une conception classique héritée de Guizot s'entend comme l'étude des règles en vigueur (droit de la constitution), exégèse et comme constitutionnalisme : conception politique déterminée, contenu matériel en faveur du libéralisme* ». (Arguments puisés dans l'arrêté créant la chaire de droit constitutionnel qui considère qu'il faut étudier à côté des dispositions de la charte, les garanties individuelles). A cette époque, le droit constitutionnel est l'ensemble des règles juridiques concernant, en régime libéral, l'organisation des pouvoirs publics et les droits de l'individu. (C'est une définition historique du droit constitutionnel).

Plus récemment, voir B. Chantebout, *Droit constitutionnel*, 24e éd., Paris, Sirey, 2007, avant propos p. VIII : « *L'idée qui a inspiré ce manuel, c'est que l'enseignement du droit constitutionnel forme un bloc homogène et raconte une histoire unique : celle de la lente et difficile victoire de l'idée démocratique* ».

A/ L'élaboration d'un « droit commun constitutionnel »

En délimitant le droit constitutionnel dans l'espace (le droit constitutionnel « *des peuples libres d'Occident*[461] »), dans le temps (le droit constitutionnel après les révolutions anglaises, américaines et françaises) et quant à son objet (décrire les règles qui permettent la progression vers le gouvernement libéral), Esmein a tracé les contours d'un « *droit constitutionnel classique* ». Il s'agit, en pratique, du mouvement démocratique développé par les Etats Occidents entre la fin du XVIIIe siècle et la fin de la Première Guerre mondiale, qui a accordé à l'individu une supériorité inconditionnelle sur l'ensemble des groupes sociaux. L'avènement d'une démocratie individualiste et libérale implique alors que toute organisation politique doit préserver la liberté des individus et la discipline qui étudie cette organisation a pour objet, « *la technique de la liberté*[462] ».

Ainsi circonscrite, l'étude du droit constitutionnel s'arrête alors aux règles essentielles qui permettent de garantir la liberté politique : comment concilier l'exercice du pouvoir et la garantie des libertés individuelles et quels sont, entre la naissance de l'Etat au sens moderne et le régime constitutionnel actuel, les principes généraux consacrés par les Etats[463] qui ont permis cette conciliation ? En somme, « *L'idéal démocratique classique* », nous dit le Doyen Vedel, « *suppose à la fois une direction de l'Etat par la volonté du plus grand nombre, mais aussi un certain nombre d'écrans, de filtres, entre cette volonté et sa réalisation pour protéger la liberté de chacun*[464] ». Ces écrans correspondent aux principes qui irriguent, depuis Esmein, l'ensemble de la matière et notamment la souveraineté nationale, le régime représentatif, la séparation des pouvoirs, le bicamérisme, la constitution écrite ou encore le respect des libertés individuelles. Parallèlement, parler de « *droit constitutionnel classique* » renvoie à l'appréhension du phénomène constitutionnel le plus simple, celui de la fin du XIXe siècle qui n'a pas évolué dans le temps. Il s'agit, d'une façon générale, du régime

[461] Voir *Supra.*, §1.

[462] C'est la définition du droit constitutionnel retenue par Boris Mirkine-Guetzévitch après la première Guerre Mondiale. Cité par Marcel Prélot, *in Précis de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1948, p. 16. A cet égard, Marcel Prélot préfère « *la technique de l'autorité* ».

[463] Voir sur ce point, J. Barthélemy, *Précis de droit constitutionnel*, 4e éd., paris, Dalloz, 1938, p. 53 : « *Le droit constitutionnel classique suppose : 1° La souveraineté nationale, le principe démocratique ; 2° le gouvernement représentatif ; 3° la séparation des pouvoirs et le régime parlementaire ; 4° la supériorité des lois constitutionnelles sur les lois ordinaires* ».

[464] G. Vedel, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel* (1949), Paris, Dalloz, 2002, p. 186. Cet objectif fondamental qui a inspiré la plupart des Constitutions, renvoie à un certain nombre de contrepoids, d'institutions : démocratie représentative et souveraineté nationale, séparation des pouvoirs, dualité des chambres, garantie des droits, décentralisation ou fédéralisme. « *L'essentiel était que (…) à aucun moment, les organes de l'Etat et la majorité même des citoyens n'eussent de pouvoirs illimités* ».

parlementaire dualiste sans le jeu des partis politiques, c'est-à-dire une description « *sèche* » du fonctionnement des pouvoirs publics qui ne prend pas en compte la pratique du pouvoir.

C'est sans doute Maurice Hauriou qui le premier, dans son *Précis de élémentaire de droit constitutionnel* publié en 1929, évoque l'existence d'un « *droit constitutionnel classique*[465] ». Ce dernier, opposé aux « *vues intéressantes de l'auteur*[466]» qui encourent le risque de s'avérer fausses, le « *droit constitutionnel classique* », renvoie aux vérités fondamentales du droit public. L'héritage philosophique et historique aurait alors formé un socle conceptuel nullement démenti par l'évolution et la pratique constitutionnelle des Etats. D'ailleurs, si rien d'essentiel n'est venu ébranler les constructions classiques, tout élément nouveau susceptible de les contredire, est une erreur certaine[467]. L'observation à la fois historique et comparative, considère Hauriou, permet d'ériger des types communs à l'ensemble des constitutions politiques (l'organisation des pouvoirs publics) et des constitutions sociales (la garantie des libertés individuelles[468]).

Les principes constitutionnels présentés par Hauriou sont décrits dans un Livre Premier de son ouvrage. Deux chapitres le composent, l'un relatif au pouvoir, l'autre à la liberté politique. Le premier chapitre intitulé « *les principes de l'Etat moderne*[469] » s'intéresse successivement aux caractéristiques du pouvoir de l'Etat (un pouvoir centralisé, laïcisé ou englobant la chose privée), aux origines de l'Etat (théories du contrat social, politique ou de l'institution coutumière), aux formes d'organisations territoriales dans l'Etat (Etat unitaire, fédéral ou à la société internationale). Au second chapitre du *Précis*, il s'intéresse à « *la liberté politique moderne* » définie, dès la première section, comme « *la participation des citoyens ou de la nation au gouvernement de l'Etat, en vue de garantir leurs libertés civiles et au surplus, en*

---

[465] M. Hauriou, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, 2e éd., Paris, Sirey, 1930, 332 p.

[466] *Ibid*., Préface à la 2e édition, p. V.

[467] *Ibid* : « *il faut se bien pénétrer de la valeur de la tradition classique dans les choses de l'esprit. Les progrès de la civilisation, avec les nouveautés qui nous émerveillent, se limitent aux inventions matérielles et à la science des phénomènes physiques ; il n'y a pas de nouveautés spirituelles ; l'esprit humain a réagi sur la matière, mais, quant à lui, et quant aux principes des relations sociales qui dépendent de lui, rien d'essentiel n'a été changé. De la somme des idées philosophiques et juridiques que les civilisations se sont transmises, il s'est dégagé un système juridique classique ; ce classique du droit s'impose à nos préférences qualitatives, avec la même force que le classique de la littérature ou celui de la sculpture et pour les mêmes raisons : la vérité de l'observation, la justesse des proportions et leur équilibre. Les nouveautés juridiques qui vont directement à l'encontre des thèmes classiques fondamentaux sont des erreurs certaines* ».

[468] *Ibid.*, Introduction, p. 3 : « *il existe un droit commun constitutionnel au nom duquel on peut juger les institutions d'un pays déterminé ; c'est ainsi qu'il existe un type normal du régime parlementaire et qu'on peut affirmer que la dualité des chambres et la dissolution de la chambre basse par le chef de l'Etat en sont des éléments essentiels, au même titre que le gouvernement de cabinet et la responsabilité des ministres devant le parlement* ».

[469] *Ibid.*, p. 5 et suiv.

vue du bien commun[470] ». La liberté politique, qui a pour origine historique l'Angleterre, repose matériellement sur le gouvernement représentatif, « *première assise de la liberté moderne*[471] » (qui peut être parlementaire, présidentiel, conventionnel ou directorial mais qui s'oppose au gouvernement direct ou semi-direct), la séparation des pouvoirs (rigide ou souple) ou le principe de souveraineté nationale (opposée à un souveraineté individuelle, qualifiée plus tard de populaire).

Ainsi illustré, le droit constitutionnel classique, en renvoyant aux problèmes essentiels du constitutionnalisme moderne, abrite dorénavant l'ensemble de l'armature théorique de la discipline[472].

Sur ce dernier point, d'ailleurs, il est frappant de constater que si les manuels interrogent l'histoire constitutionnelle à partir de 1789, le champ couvert par la théorie constitutionnelle s'arrête aux Lois constitutionnelles de 1875. Intellectuellement, les développements sur l'histoire constitutionnelle de la France permettent de témoigner de la formation progressive des principes majeurs du droit constitutionnel, en suivant l'évolution positive du régime constitutionnel vers le droit positif actuel[473]. Néanmoins, on ne poursuit pas cette démarche depuis l'adoption des Lois constitutionnelles, c'est-à-dire à travers la pratique réelle des institutions de la IIIe République. En d'autres termes, on s'assure de la validité de la théorie dans le passé mais on ne la soumet pas à la pratique après 1875. A cet égard, l'attitude de Maurice Hauriou est significative, puisqu'il va jusqu'à qualifier de doctrines fausses toute doctrine nouvelle, « *les nouveautés juridiques qui vont directement à l'encontre des thèmes classiques*[474] ».

---

[470] *Ibid*, Chapitre II, p. 41.
[471] *Ibid.*, p. 43.
[472] Par exemple, J. Laferrière, *Manuel de droit constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 1943, p. 3 : « *L'exposé des institutions politiques actuelles de la France suppose nécessairement la connaissance des « Principes » et des « Théories générales » qui forment l'armature du tout système d'institutions et posent, dans leurs données générales, les problèmes fondamentaux du droit constitutionnel* ».
[473] *Ibid.*, Préface à la 1re édition, p. XV : « *Cette méthode* (la méthode historique) *me semble faciliter la compréhension des « Principes généraux » qui forment les cadres juridiques du droit constitutionnel. Principe de la souveraineté nationale, du gouvernement représentatif, de la séparation des pouvoirs, … autant de concepts qui, abordés directement, risquent de se présenter sous un aspect abstrait et de paraître ardus à qui se trouve pour la première fois en face d'eux. L'histoire de nos Constitutions met bien immédiatement en contact avec ces théories, mais elle les présente dans le milieu où elles sont apparues et montre les combinaisons diverses auxquelles elles se sont prêtées. (…) Ainsi les « Principes » du droit constitutionnel se présentent sous une forme plus concrète, qui familiarise avec eux et en rend la compréhension plus facile* ».
[474] *Ibid.*, Préface à la 2nde édition, p. VI.

D'un autre côté, les Etats qui ont manifestement fait d'autres choix que la progression continue vers la démocratie au début du XXe siècle, ne sont pas davantage abordés par les manuels de droit constitutionnel, au moins jusqu'aux années 1950[475].

La pureté des constructions ne doit pas être altérée par la pratique ou des exemples réels, qui s'inscriraient en opposition. Il en va de la pérennité des constructions classiques et de leur vocation à décrire un système universel. La nouveauté est une erreur ou alors la nouveauté repose sur une idéologie qui va à l'encontre de ce qui est bon pour la Nation : « *quand il s'agit des expériences conseillées ou construites par la raison* », nous dit Gaston Bachelard, « *l'ordre est une vérité, et le désordre une erreur*[476] ».

Par conséquent, s'intéresser au droit constitutionnel classique revient à dresser l'ensemble des institutions juridiques qui ont réussi à résoudre l'équation entre le pouvoir et la liberté. Tel est le problème constant des Etats en Occident depuis la fin du XVIIIe et de fait, du droit constitutionnel comme discipline universitaire[477]. En ce sens, « *le droit constitutionnel classique* » ne serait pas situé dans le temps, mais renverrait à des préoccupations universelles et applicables à tout Etat.

---

[475] *Ibid.*, p. 263 : « *Sauf quelques allusions incidentes, il sera seulement fait état des éléments fournis par le droit constitutionnel qu'on peut appeler « classique » (...). Mais aux problèmes de l'Etat, de son organisation, de ses rapports avec les individus, les bouleversements politiques survenus en ces dernières décades dans un certain nombre de pays d'Europe ont, au contraire, apporté, ou prétendu apporter des solutions qui ne rentrent pas dans ce cadre, mais qui au contraire, les brisent brutalement. Régime soviétique, fascisme italien, national-socialisme allemand, corporatisme portugais, franquisme espagnol, autant de régimes qui ont prétendu édifier un droit constitutionnel véritablement nouveau, parce que procédant d'une idéologie et d'une éthique radicalement différentes de celles dont s'inspire le droit constitutionnel classique. Quel que puisse être l'intérêt doctrinal de ces solutions nouvelles et la curiosité d'esprit qu'elles suscitent, il n'en sera pas fait état. A raison de leur nouveauté même, parce qu'elles procèdent d'une idéologie non seulement différente de la nôtre, mais qui sur la plupart des points lui est radicalement antagoniste, leur description et leur compréhension nécessiteraient des développements qui ne peuvent être envisagés ici, et une esquisse rapide en serait si superficielle qu'elle ne présenterait aucune utilité. C'est donc le droit constitutionnel « classique » qui sera seul pris en considération* ».

[476] G. Bachelard, *La formation de l'esprit scientifique. Contribution à une psychanalyse de la connaissance*, 15e éd., Paris, Vrin, 1993, Discours préliminaire, p. 6.

[477] Voir par exemple, J. Laferrière, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 263 : En introduction d'une deuxième partie intitulée « ***Les problèmes généraux du droit constitutionnel et leurs principales solutions*** », Laferrière considère que « *dans une perspective très simplifiée, le droit constitutionnel se ramène à quelques questions essentielles dont chacune comporte un certain nombre de solutions possibles. Ce sont, peut-on dire, les thèmes constants et nécessaires du droit constitutionnel. Tous ceux qui ont à faire œuvre constituante se trouvent inévitablement placés en face d'eux et doivent prendre parti à leur égard en choisissant, entre les combinaisons diverses dont ils sont susceptibles, celles qui répondent au génie du système qu'ils entendent établir. A énoncer ces problèmes, à en exposer les données, on est en possession d'un cadre général où peuvent prendre place les éléments du droit constitutionnel. Ainsi, possèdera-t-on la vue d'ensemble qui permettra de comprendre et de situer l'organisation constitutionnelle actuelle de la France* ». Ces thèmes classiques répondent à la question suivante : comment s'assurer que l'exercice du pouvoir garantisse la liberté individuelle ? Comment organiser le pouvoir et quels mécanismes pour imposer le respect de la liberté ? On trouve ainsi des réflexions sur l'origine du pouvoir (théories du contrat social, souveraineté), l'organisation du pouvoir (centralisation, gouvernement représentatif, élément de représentativité, régime parlementaire et présidentiel), la participation du peuple à l'exercice du pouvoir (suffrage, referendum), la limitation du pouvoir (constitution écrites).

B/ Le rattachement du régime parlementaire de la IIIe République aux principes libéraux de la période révolutionnaire

Fonder l'analyse du droit positif de la IIIe République sur les principes de 1789, permet à Esmein d'attribuer au régime, une légitimité idéologique forte (1). Reprise par Raymond Carré de Malberg dans son importante *Contribution à la théorie générale de l'Etat*[478], cette démarche induit l'idée selon laquelle le pouvoir constituant en 1875, à traduit idéalement les règles du libéralisme politique (2).

1/ L'apologie de la IIIe République

Dans un article récent paru dans la *Revue du droit public et de la science politique*, M. Pinon montre que la méthode historique utilisée par Esmein, a essentiellement pour but d'exalter les institutions de la République. Il s'agit d'une lecture orientée de l'histoire, afin de montrer une progression continue des institutions à partir du libéralisme politique consacré durant la période révolutionnaire vers le régime de 1875. La lecture juridique des institutions entreprise par Esmein, se double alors d'un jugement de valeur en faveur des institutions de la IIIe République[479].

Eclairé de cet aspect, on prend davantage la mesure en filigrane, de la défense du gouvernement représentatif dans sa forme classique. Il s'agit de conforter les institutions de la République encore fragiles, en tenant le peuple à l'écart du pouvoir pour éviter au maximum la contestation et assurer une stricte séparation entre représentants et représentés. Enrober ces enjeux du vernis juridique, permet à Esmein de considérer que les institutions ayant pour objet la participation du peuple à l'exercice du pouvoir, celles qui ont pour objet de favoriser la représentation politique d'une partie du peuple ou encore celles qui permettent au peuple de sanctionner la pratique du pouvoir, sont en contradiction avec la logique du gouvernement représentatif.

[478] R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat, spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français* (1920), Paris, Dalloz, 2004, 638 p.

[479] Voir sur ce point, S. Pinon, P-H. Prélot, *Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein*, Paris, Montchrestien, 2009, Présentation générale, p. VII : « *Esmein est ainsi devenu, au cours de la décennie 1890, le fondateur du droit constitutionnel républicain* ». Voir également G. Sacriste, « Adhémar Esmein en son époque. Un légiste au service de la République », *in* S. Pinon, P-H. Prélot, *Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein*, *op.cit.*, p. 9.

La rigueur scientifique avec laquelle Esmein a construit l'architecture théorique du droit constitutionnel, cache ainsi en réalité, une orientation idéologique marquée[480]. Aussi, si le raisonnement suivi par l'auteur des *Eléments* s'écarte d'une démarche positiviste, c'est essentiellement pour deux raisons, comme le relève très justement M. Pinon. Ces raisons renvoient à « *la primauté du parti pris idéologique et la surestimation des concepts juridiques sur la description du droit positif*[481] ». Il s'agit de faire de la IIIe République, le point d'arrivée des institutions qui consacrent la liberté politique et qui trouvent leurs racines dans le droit de la Révolution de 1789.

De façon appliquée, afin d'illustrer cet aspect, Esmein considère, qu'en étant consacré par l'ensemble des constitutions qu'a connues la France, à l'exception de la Charte de 1814[482], le principe de souveraineté nationale s'accommode de toutes les formes de gouvernement instituées jusqu'aux Lois constitutionnelles de 1875. Certes, la république démocratique représente l'application parfaite du principe de souveraineté nationale, mais ce dernier peut très bien être concilié à d'autres formes de gouvernement et notamment la forme monarchique. C'est le cas de la Constitution de 1791 qui garantit l'inaliénabilité de la souveraineté, c'est-à-dire l'une des conséquences essentielles de l'attribution du pouvoir suprême à l'ensemble de la nation[483].

---

[480] Celle, pour reprendre les termes employés par M. Pinon, de « *élaborer un authentique catéchisme constitutionnel de la République* ». Voir S. Pinon, P-H. Prélot, *Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein*, *op. cit.*, Présentation générale, p. VII.

[481] *Ibid.*

[482] Sur le principe de souveraineté nationale, voir A. Esmein, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, *op. cit.*, p. 284 et suiv.

[483] En effet, par le mécanisme de la représentation, les représentants ne font qu'exercer un droit que les représentés leur ont attribué. Ainsi, il résulte de la lettre du texte constitutionnel comme de la loi, que si le roi est dépositaire du pouvoir exécutif comme d'un droit de veto en matière législative délégué par la nation, il n'agit qu'en simple représentant. Le législateur lui attribue d'ailleurs la qualité de « *premier fonctionnaire public* ». *Ibid*., p. 303.

De plus, alors même qu'aucun droit de révocation n'est prévu, la Constitution comporte néanmoins un certain nombre de garanties si le roi vient à manquer à ses devoirs. Ces garanties figurent au Chapitre II du Titre III de la Constitution, au terme duquel dans un certain nombre de cas cités expressément, le roi est « *censé avoir abdiqué* » et redevient un simple citoyen. Les dispositions constitutionnelles, considère Esmein, qui prévoient des cas de destitution du roi sont des conséquences logiques de la conciliation entre la forme monarchique et le principe de souveraineté nationale. Une lecture plus politique retiendrait sans doute l'idée selon laquelle ces articles de circonstance ne sont que la conséquence de la fuite du roi au moment où les Etats Généraux se sont proclamés Assemblée Nationale constituante. Voir les articles 5, 6 et 7 du Titre II, Chapitre III de la Constitution de 1791 (http://www.conseil-constitutionnel.fr/textes/constitution/c1791.htm). L'article 5 prévoit que « *Si, un mois après l'invitation du Corps législatif, le roi n'a pas prêté ce serment, ou si, après l'avoir prêté, il le rétracte, il sera censé avoir abdiqué la royauté* » et l'article 6, que « *si le roi se met à la tête d'une armée et en dirige les forces contre la Nation, ou s'il ne s'oppose pas par un acte formel à une telle entreprise, qui s'exécuterait en son nom, il sera censé avoir abdiqué la royauté* ». Voir également l'article 8 : « *Après l'abdication expresse ou légale, le roi sera dans la classe des citoyens, et pourra être accusé et jugé comme eux pour les actes postérieurs à son abdication* ».

Pour autant, alors même que la Constitution de 1791 représente pour Esmein, l'expression matérielle d'une conciliation entre la forme monarchique et le principe de souveraineté nationale, certains éléments demeurent antinomiques[484]. En effet, quelles que soient les formules retenues, le choix en faveur d'un gouvernement monarchique prive le principe de souveraineté de l'une de ses conséquences essentielles : la responsabilité des représentants devant la Nation. Si Esmein ne préconise pas une responsabilité directe des représentants, il défend une responsabilité indirecte impliquée par la tenue régulière d'élection, limitant la durée d'exercice du pouvoir. Sur ce point, la monarchie est absolument incompatible avec la souveraineté nationale. Précisément, elle ne permet pas de fixer l'exercice des fonctions à terme fixe. Dès lors, l'application pure du principe de souveraineté nationale est dans la république, une application impure peut être trouvée dans la forme monarchique.

Le rattachement des institutions de la République aux principes libéraux de la période révolutionnaire correspond à la démarche entreprise par Raymond Carré de Malberg lors de la publication de sa *Contribution à la théorie générale de l'Etat* en 1920[485].

2/ « Le positivisme républicain » de Raymond Carré de Malberg

La méthode positiviste défendue par Raymond Carré de Malberg apparaît clairement à la lecture d'une contribution intitulée « *Réflexions très simples sur l'objet de la science juridique*», publiée aux *Mélanges Gény* en 1934[486]. Lorsqu'un individu souhaite connaître la règle de droit applicable à une situation donnée, relève Carré de Malberg, il ne consulte pas « *un théologien, un moraliste, un philosophe, un sociologue, un historien ou un*

[484] A. Esmein, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, *op.cit.*, p. 306 : « *La question que j'examine (...), c'est de savoir si, en proclament dans la même constitution la souveraineté nationale et le gouvernement monarchique, on n'y introduit pas, quoi qu'on fasse, des principes antinomiques. Ce n'est pas là une pure querelle de mots, une dispute d'école. Les institutions ont leur logique, comme les idées. Si, dans un milieu où l'esprit conservateur et traditionaliste est très puissant, des institutions peuvent vivre très longtemps, bien qu'elles accouplent et combinent dans un équilibre instable des principes opposés, partout ailleurs, dans une pareille combinaison, ces forces divergentes entrent fatalement en lutte, et l'une d'elles tend à rétablir l'harmonie en éliminant des éléments hétérogènes* ».

[485] R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat, spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français* (1920), Paris, Dalloz, 2004, 638 p. ; Sur la filiation intellectuelle entre les deux auteurs, voir S. Pinon, « Adhémar Esmein et la doctrine constitutionnelle de son temps », *in* S.Pinon, P-H. Prélot, *Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein*, Paris, Montchrestien, 2009, conclusion, p. 222-223.

[486] R. Carré de Malberg, « Réflexions très simples sur l'objet de la science du droit », *Recueil d'études sur les sources du droit, en l'honneur de François Gény*, vol. 1, Paris, Sirey, 1934, p. 192 et suiv.

économiste[487] ». Au contraire, il s'adresse à un juriste praticien qui est « *versé dans la connaissance des prescriptions régulatrices formant la source du droit en vigueur et qui, en outre, soit capable, au besoin, de déduire de ces prescriptions, par voie d'interprétation, la solution que comporte le cas qui lui est soumis*[488] ». En pratique, le juriste répondra à cette demande en fournissant la règle de droit en vigueur, c'est-à-dire celle qui a été édictée par les autorités habilitées à produire le droit[489]. Il n'est ainsi de droit, considère Carré de Malberg, qu'au travers des règles de droit formelles[490] et la science juridique, qui a le droit pour objet, doit se contenter de décrire le droit positif en vigueur[491]. Par ailleurs, toutes les considérations sociales, politiques, historiques ou philosophiques pour rendre compte de la règle, sont exclues[492].

C'est à partir de cette définition du droit et de la méthode pour appréhender le droit, que Carré de Malberg entreprend de présenter le droit constitutionnel de la IIIe République. A cet égard, son projet est conforté dès le titre de son ouvrage : *Contribution à une théorie générale de*

---

[487] *Ibid.*, p. 192.

[488] *Ibid.*

[489] *Ibid.* : « *Et ce juriste, à son tour, va-t-il, pour fixer le point sur lequel je le consulte, entreprendre une recherche supérieure d'ordre religieux, moral, philosophique ou social, à l'effet de découvrir quelle pourrait ou devrait être du point de vue de la justice absolue, de la saine raison ou de l'intérêt public bien entendu, la règle applicable à l'espèce qui je lui soumets ? Non encore : car il sait trop bien, en sa qualité même de juriste, que, dans l'état actuel de l'organisation sociale, le statut juridique qui régit les individus dans leurs rapports mutuels ou dans leurs relations avec la collectivité nationale, est déterminé uniquement, au sein de cette collectivité, par des règles qu'on édictées en fait et que feront observer éventuellement les diverses autorités organiquement constituées pour l'exercice de la puissance publique ou étatique de la nation. C'est pourquoi le praticien saisi de ma demande de consultation cherchera dans ces règles la réponse à donner* ».

[490] *Ibid.*, p. 193 : « *Oui, il est bien certain et chacun de nous sait fort bien que, il n'y a, en fait de droit, précis, ferme et assuré sur lequel les individus puissent effectivement compte et auquel ils soient nécessairement tenus de se soumettre, que celui qui a été consacré par une disposition ou une décision formelles, émanées des détenteurs qualifiés et autorisés de la puissance publique, dite puissance d'Etat* ».

[491] *Ibid.*, p. 197-198.

Voir par ailleurs sur ce point, G. Burdeau, « Raymond Carré de Malberg, son œuvre, sa doctrine », *RDP*, 1935, p. 357 : « *Il ne s'agit pas, pour le juriste, d'énoncer une préférence ou d'affirmer ce qui devrait être : son rôle est à la fois plus modeste et plus précis. Les problèmes qui se posent à lui exigent des solutions concrètes, valables pour un ordre juridique donné et conditionnées, non par des considérations a priori, mais par cet ordre lui-même* ».

[492] L'auteur pratique la méthode allemande de « *l'Isolierung* », c'est-à-dire qu'il se contente d'une analyse juridique distinguée « *de la réalité naturelle ou empirique* ». Voir sur ce point, E. Maulin, « Raymond Carré de Malberg, le légiste de la République », *in* R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat, spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français* (1920), *op. cit.*, Préface. Voir également, O. Beaud, « La souveraineté dans la « Contribution à la théorie générale de l'Etat » de Carré de Malberg », *RDP*, 1994, p. 1251. Sur l'influence de Laband sur la pensée de Carré de Malberg, voir P. M. Gaudemet, « Paul Laband et la doctrine française », *RDP*, 1989, p. 959. Voir spéc., p. 968 : « *Comme Laband, Carré de Malberg exclut de son analyse les éléments qui ne sont pas purement juridiques. Il adopte la théorie du droit pur. Il écarte les éléments politiques et ne fait ainsi aucune place aux partis politiques dont la multiplicité ont pourtant profondément marqué les institutions de la IIIe République. Il ne s'interroge pas sur les bienfaits et les méfaits politiques de la république parlementaire qu'il considère comme une donnée. Il écarte les considérations historiques sur la genèse des Lois constitutionnelles de 1875. Il ne prend pas en compte les données économiques et s'abstient de rechercher quelle influence les structures économiques françaises ont pu exercer sur les règles constitutionnelles. Il ne se livre guère non plus à des réflexions comparatives avec le droit constitutionnel étranger* ».

l'Etat spécialement d'après les données fournies par le droit positif français. Il suppose des constructions théoriques induites seulement à partir du droit positif, c'est-à-dire à partir des Lois constitutionnelles de 1875. Avec Carré de Malberg, on assisterait dorénavant à une coïncidence plus marquée entre les principes généraux du droit constitutionnel et le droit positif, là où son prédécesseur, Esmein, en procédant essentiellement par déduction à partir de concepts fixés *a priori*, reste éloigné des dispositions constitutionnelles.

Cependant, une telle interprétation suppose que le terme « *données* » soit synonyme de droit positif en vigueur. En fait, il n'en est rien et le choix de ce terme suggère une vision très large du « *droit positif constitutionnel* ». En préface à la réédition de la *Contribution*, le Professeur Eric Maulin montre que Carré de Malberg a retenu une définition large du droit qui à côté de la norme, englobe également des principes[493]. Les « *données spécialement fournies par le droit positif* » comprennent, en d'autres termes, les règles de droit et les principes sur lesquels reposent ces règles[494]. Ces principes sont ceux de la période révolutionnaire, consacrés par la Déclaration des droits de l'homme et la Constitution de 1791[495]. Il ne s'agit dès lors pas d'une description du droit constitutionnel à travers les seules règles, mais plutôt d'une description des principes qui fondent ces règles[496].

Dans un article paru à la *Revue du droit public* en 1931, cet aspect est patent[497]. Il s'agit d'une contribution à la réflexion déjà introduite par Adhémar Esmein en 1894 dans les mêmes termes[498], sur l'opportunité d'introduire des mécanismes de démocratie semi-directe au sein d'un régime représentatif. Comme l'auteur des *Eléments*, Carré de Malberg fait le choix d'une

---

[493] Voir E. Maulin, « Raymond Carré de Malberg, le légiste de la République », *op. cit.* : « *Premièrement, il entreprend de rédiger une théorie juridique de l'Etat spécialement à partir des données fournies par le droit constitutionnel français, privilégiant ces données parce qu'elles contiennent selon lui les principes de la théorie générale de l'Etat. Deuxièmement, il réinterprète les théories de la personnalité de l'Etat et des organes de l'Etat à la lumière du principe de souveraineté nationale, nationalisant des théories qu'il voudrait découvrir impliquées par le système de la Constitution française de 1791* ».

[494] *Ibid.* : « *Son auteur est à la fois considéré comme l'un des fondateurs du positivisme juridique, promouvant une approche purement juridique de l'Etat et l'un des interprète les plus avisés des institutions consacrées par les lois constitutionnelles de 1875, dont il relie le système aux principes révolutionnaires posés par la Constitution de 1791, conférant à un dispositif historiquement incertain une signification juridique clairement républicaine* ».

[495] Ce qui peut surprendre à travers une démarche positiviste comme le note très justement le Professeur Eric Maulin. En se référant aux principes de 1791, on accepte l'idée de principes tirés de la nature des choses et d'application universelle.

[496] Sur ce point M. le Professeur Troper montre que Carré de Malberg procède de deux façons : pour la plupart des principes il s'agit de ceux de la Constitution de 1791. Pour les autres, Carré de Malberg les découvre en cherchant quelles sont les constructions les mieux à même de rendre compte des règles existantes. Les principes de 1791 sont au fondement du droit positif, c'est-à-dire non le fondement de la validité des règles du droit positif, mais une fonction de justification des règles. Voir M. Troper, « La Constitution de 1791 aujourd'hui », *RFDC*, 1992, p. 2 : « *Carré fait jouer à la constitution de 1791, le rôle du droit romain en droit privé : elle doit permettre de fonder une science du droit public et de l'Etat* ».

[497] R. Carré de Malberg, « Considérations théoriques sur la question de la combinaison du referendum avec le parlementarisme », *RDP*, 1931, p. 225.

[498] A. Esmein, « Deux formes de gouvernement », *RDP*, 1894, p. 15. Voir *Supra*, §1.

analyse théorique qui s'attache à montrer la compatibilité de la technique du référendum au sein d'un régime parlementaire. Cet angle d'attaque suppose de déterminer les caractéristiques générales du régime parlementaire et d'en déduire par la suite, si l'introduction d'une voie légale de consultation populaire est compatible avec la technique du parlementarisme.

La logique du régime parlementaire, « *le régime parlementaire pur* » dirait Esmein[499], est celui consacré par la Constitution de 1791 et c'est à partir de ce modèle que Carré de Malberg entend trancher la question technique de l'opportunité d'introduire le référendum au sein d'un régime parlementaire. Dès l'entame de l'article en effet, Carré de Malberg rapproche la problématique de son temps avec celle qui, au XIXe siècle, a permis de passer de la monarchie absolue à la monarchie modérée. Précisément, l'octroi de prérogatives entre les mains d'assemblées élues, notamment celle de faire la loi, correspond, pour l'éminent auteur, à la volonté d'accorder un droit de participation du peuple à l'exercice du pouvoir au XXe siècle, car elle contribue à tempérer le pouvoir du Parlement[500]. C'est ainsi à l'aune du principe de la représentation consacrée de la fin du XVIIIe siècle, que Carré de Malberg entend démontrer l'opportunité de l'introduction du référendum dans le droit de la IIIe République.

L'histoire constitutionnelle nationale depuis 1789 jusqu'aux Lois constitutionnelles de 1875, considère Carré de Malberg, permet de considérer que le pouvoir constituant a toujours fait le choix d'un « *parlementarisme absolu*[501] », c'est-à-dire que seul le Parlement, par le biais de l'élection, est dépositaire de l'expression de la volonté générale. Pouvant conduire à un véritable transfert de souveraineté entre les mains du Parlement et à l'exercice d'un pouvoir absolu, on peut se poser la question de savoir quels pourraient être les mécanismes susceptibles de limiter le pouvoir législatif afin d'aboutir à un régime plus équilibré?

Sur ce point, trois procédés sont envisagés par Carré de Malberg. On peut d'abord faire du pouvoir exécutif, un second organe représentant le peuple. La légitimité démocratique du Chef de l'Etat *via* l'élection permettrait d'équilibrer les rapports entre le pouvoir exécutif et le

---

[499] Voir *Supra*, §1.

[500] R. Carré de Malberg, « Considérations théoriques sur la question de la combinaison du référendum avec le parlementarisme », *op. cit.*, p. 225-226 : « *De même qu'au XIXe siècle, la monarchie a dû, en maints Etats, jeter du lest, en consentant, par voie de concessions et de chartes octroyées, à se soumettre à des restrictions diverses, et notamment à celle résultant du principe que désormais le monarque ne pourra plus sanctionner que des lois qui aient été préalablement adoptées par des assemblées dont l'une au moins est élective, de même aussi, au XXe siècle, l'introduction de moyens de participation populaire directe tels que le referendum est destinée, dans la pensée de beaucoup de ceux qui la préconise, non seulement à donner une satisfaction accrue aux aspirations d'ordre démocratique, mais bien davantage encore, à apporter un élément de modération à la puissance, juge excessive, du Parlement* ».

[501] *Ibid.*, p. 226-227.

pouvoir législatif. Cependant, la cohabitation de ce que Carré de Malberg qualifie de « *deux maîtres dans la maison*[502] », est délicate en pratique, à moins d'envisager un organe supérieur commun.

La deuxième possibilité envisagée par le juriste de Strasbourg est celle de la limitation du pouvoir législatif par l'instauration d'un contrôle de constitutionnalité des lois. Pour autant, cette technique est encore écartée par Carré de Malberg, cette fois pour des raisons qui tiennent à la logique juridique. Par la contrôle de constitutionnalité des lois, il s'agirait de limiter le Parlement en l'obligeant à respecter des règles qui précisément lui ont conféré une pouvoir illimité. L'instauration d'un tel contrôle suppose alors d'introduire au préalable dans la Constitution, des mécanismes de limitation du pouvoir législatif.

Enfin, la troisième possibilité consiste à introduire dans le système représentatif, des techniques de participation directe du peuple à l'exercice du pouvoir[503]. Ainsi avec l'initiative populaire, le peuple peut exercer avec le Parlement, l'exercice de la puissance législative et avec le veto populaire, il dispose d'un véritable « *droit du dernier mot* » dans l'adoption des lois parlementaires. Ce faisant, le peuple accède au rang de pouvoir suprême et le Parlement redevient une simple autorité non souveraine[504]. C'est précisément cet aménagement constitutionnel qui est défendu par Carré de Malberg. Pour le conforter, c'est sur le terrain théorique et logique[505] qu'il s'engage et il écarte toute forme de discussion politique et pratique. C'est dire, que seule la question de savoir si la démocratisation du régime parlementaire est conforme à la logique du parlementarisme imaginé par les révolutionnaires

---

[502] *Ibid.*

[503] *Ibid.*, p. 228 : « *reste un troisième procédé : celui qui ouvrirait au corps populaire des citoyens l'exercice des facultés de participation directe à la puissance publique dont il a été tenu à l'écart jusqu'à présent par le régime représentatif et parlementaire. Celui-ci subsisterait, mais non plus exclusivement, ni intégralement ; il serait limité par l'adjonction d'institutions tendant à procurer les avantages combinés du parlementarisme et de la démocratie. Le Parlement ne serait plus souverain : il ne monopoliserait plus le pouvoir de formuler la volonté générale. Concurremment avec lui, le corps des citoyens serait admis à exercer le pouvoir législatif, en toute sa plénitude, par la voie de l'initiative populaire. Et d'autre part, les décisions des Chambres ne posséderaient plus le caractère et la force des décisions souveraines : elles n'acquerraient leur vertu définitive qu'à la condition d'avoir été ratifiées, expressément ou tacitement, par une votation populaire ou par l'absence de demande de référendum* ».

[504] *Ibid.*, p. 229 : « *Souveraineté et volonté générale se retrouvent ainsi identifiées l'une avec l'autre et ont, l'une comme l'autre, leur siège dans le peuple* ». Il ajoute, « *dans le régime parlementaire additionné de referendum, le Parlement n'exerce plus son pouvoir représentatif que sous réserve des droits du peuple : ses pouvoirs de représentation ne sont pas détruits, ils sont seulement limités, ou plus exactement dominés, par ceux du représenté* ».

[505] *Ibid.*, p. 230 : « *Question de logique, c'est-à-dire d'ordre théorique. Et certains donnent à entendre que, dans la phase délicate que traversent présentement les Etats et qui leur impose des tâches si ardues, le moment est passé de s'attacher aux arguments qui ne reposent que sur de l'idéologie. C'est, a-t-on dit, à la rationalisation technique qu'il convient principalement de recourir, si l'on veut mettre les nations en état de triompher des difficultés au milieu desquelles elles cherchent aujourd'hui à se frayer leur voir d'avenir* ».

de la fin du XVIIIe siècle intéresse Carré de Malberg[506]. Interroger l'équilibre réel du régime, conformément à la logique originelle du parlementarisme[507] .

Initialement, relève Carré de Malberg, le parlementarisme naît avec la volonté d'accorder davantage de pouvoir entre les mains du Parlement au détriment de la Couronne, essentiellement en faisant du premier, l'organe représentant la volonté de la Nation. Pour autant, dans la pensée des révolutionnaires et conformément aux régimes ultérieurs, il ne s'agit pas de réduire la participation des citoyens à l'exercice du pouvoir, par l'élection de représentants. La signification profonde du régime parlementaire, relève l'auteur, suppose qu'il « *est rationnel et conforme à la nature des choses que les droits du corps populaire aillent en croissant*[508] », c'est-à-dire que l'évolution du régime (Carré de Malberg parle de « *destinée normale*[509]) doit permettre d'adjoindre à la technique de la représentation, des mécanismes de démocratie. En pratique, le référendum est l'instrument juridique le plus adapté pour démocratiser le régime parlementaire, parce qu'il est conforme « *au concept sur lequel repose le régime représentatif*[510] ». Ce concept induit la possibilité pour les citoyens de manifester une volonté contraire à celle de leurs représentants[511].

Plus encore, si le référendum s'impose comme le complément nécessaire du principe de la représentation, c'est qu'il s'inscrit dans la logique même du fondement de la loi, expression de la volonté générale. Il apparaît alors contradictoire d'imaginer que les révolutionnaires aient prétendu confier la souveraineté au peuple et en même temps, l'écarter de l'exercice du pouvoir en confiant au seul Parlement, le soin de faire la loi. Le pouvoir de faire la loi doit demeurer une délégation du peuple vers le Parlement et non l'expression d'un pouvoir propre. Cela revient à considérer, au terme de l'analyse, que la formation de la volonté générale ne

---

[506] *Ibid.* : « *La question se pose en un double sens. Elle constitue, par-dessus tout, un problème de politique pratique ou d'opportunité, qui demande à être examiné à la lueur des raisons d'ordre utilitaires et technique. Cependant, ce n'est point sur cet aspect du sujet que nous avons désiré attirer l'attention.* (…) *Nous voudrions plutôt revenir sur une autre partie du problème, qui engage une question de principe et qui apparaît par là même comme provoquant un examen préalable. Il y a lieu, en effet, de vérifier, du point de vue des conceptions mêmes sur le fondement desquelles a été introduit primitivement le parlementarisme, la légitimité des innovations ou revendications qui visent à le mélanger de démocratie* ».

[507] Sur l'évolution du régime représentatif, de la « *théorie du pur régime représentatif* » telle qu'apparue en 1791, voir R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat, spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, *op. cit.*, p. 361 et suiv. L'auteur reprend à son compte le raisonnement d'Esmein sur ce point et montre qu'un certain nombre d'institutions ont détourné le régime représentatif de son sens originel.

[508] R. Carré de Malberg, « Considérations théoriques sur la question de la combinaison du referendum avec le parlementarisme », *op. cit.*, p. 232.

[509] *Ibid.*

[510] *Ibid.*, p. 233.

[511] Sur ce point, Carré de Malberg évoque la dissolution mais considère qu'elle n'est pas suffisante à la démocratisation du régime. Les citoyens, en France, ne disposent pas de l'initiative de la dissolution et quand elle est provoquée, elle n'implique qu'une consultation électorale. *Ibid.*

peut échapper à la participation et au contrôle de la part de la communauté nationale et c'est la raison pour laquelle, le référendum s'inscrit dans la logique de la représentation, entendue comme la possibilité pour le Parlement de traduire la volonté du peuple souverain.

En conséquence, la question de la combinaison du référendum avec le régime parlementaire échappe à une discussion sur le bien-fondé pratique de l'introduction de telles techniques au sein du système représentatif. Elle renvoie au principe même du régime représentatif, c'est-à-dire au « *régime représentatif en-soi* », confondu avec celui mis en place à la fin du XVIIIe siècle. Il ne s'agit pas de savoir si les institutions de la IIIe République devraient prévoir le référendum mais bien plus, de faire en sorte qu'à travers du référendum, on rende à la technique de représentation sa logique initiale.
Finalement, il y a dans la démarche de Carré de Malberg, une surestimation des principes puisqu'ils constituent le seul moyen de résoudre des problèmes juridiques concrets. Il est victime, pour emprunter une terminologie utilisée par le Professeur Olivier Beaud, d'un « *idéalisme juridique*[512] » comme l'est avant lui, Adhémar Esmein[513].

Conclusion du Chapitre 1er

Le juriste *jusnaturaliste* décrit des institutions déduites du droit naturel et qui peuvent s'appliquer à tout gouvernement, dès lors qu'il souhaite garantir la liberté politique. Le juriste qui part d'une observation empirique et souhaite faire œuvre scientifique, constate quant à lui que l'histoire constitutionnelle démontre que l'ensemble des organisations politiques tend vers la consécration d'institutions-types de la fin du XVIIIe siècle. Le juriste positiviste enfin, intègre dans son analyse du droit positif les principes tels qu'issus de 1791, car ils constituent le fondement des règles du régime en vigueur qu'il souhaite décrire.
Quelle que soit la méthode utilisée donc, la doctrine à la croisée du XIXe et du XXe siècle, a trouvé le plus souvent dans les grands principes révolutionnaires le ferment théorique qui permet d'organiser, d'une façon générale, le droit constitutionnel.

---

[512] O. Beaud, « La souveraineté dans la « Contribution à la théorie générale de l'Etat » de Carré de Malberg », *RDP*, 1994, p. 1251.
[513] Sur l'analyse du positivisme de Carré de Malberg, voir par exemple, O. Beaud, « Carré de Malberg, juriste alsacien. La biographie comme élément d'explication d'une doctrine constitutionnelle, *in* O. Beaud, P. Wachsmann (Dir.), *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 1997, p. 245 et suiv.

Chapitre 2/ L'émergence d'une lecture empirique du droit constitutionnel : « l'empirisme politique »

A partir des années 1930, des juristes importants sont amenés à reconsidérer les sources essentielles de la discipline. Concentrée sur divers objets (le régime parlementaire en général ou en France plus particulièrement, les constitutions d'après-guerre ou la place de la coutume dans une branche de droit écrit), la doctrine de l'époque est néanmoins reliée par un aspect essentiel : elle tend à relativiser assez largement, le poids de la règle de droit écrit dans la théorie des sources en droit constitutionnel. On assiste alors progressivement, en lien avec l'évolution du constitutionnalisme en France et en Europe, au développement et à la consolidation d'une pensée qui s'inscrit en rupture avec le positivisme dominant jusqu'alors (Section 1).

Pour cette raison, l'analyse du droit constitutionnel repose dorénavant sur la façon dont le droit est effectivement appliqué par les pouvoirs publics et sur les facteurs, non juridiques, qui sont susceptibles néanmoins de contraindre les organes de l'Etat. Dès lors, à partir du moment où il ne s'agit plus véritablement d'étudier les règles de droit au sens formel consacrées au moment de l'adoption d'une constitution, c'est donc une démarche empirique qui repose sur l'observation du fonctionnement des régimes politiques, qui est appliquée[514]. Cette démarche, que la présente étude a choisi de dénommer « *empirisme politique* », qualifiée le plus souvent de méthode de science politique par opposition à une méthode juridique, interroge l'organisation politique de l'Etat en laissant de côté l'organisation juridique de l'Etat (Section 2).

[514] Dans son analyse des régimes politiques européens, Boris Mirkine-Guetzévitch explicite bien la méthode empirique. Il relève : « ***Notre but est l'étude des phénomènes juridiques et politiques dans leur empirisme historique ; cela ne veut point dire, évidemment, que nous limitons notre horizon au droit positif uniquement. Le droit représente l'expression de la conscience juridique du peuple et la véritable méthode empirique doit embrasser tous les phénomènes juridiques c'est-à-dire le droit écrit et la conscience juridique. Mais cet empirisme juridique ne peut jamais être observé dans une situation stabilisée, figée. Cet empirisme est vivant ; aussi la méthode empirique est-elle, par sa nature même, un procédé historique s'exprimant par l'observation des phénomènes juridiques, considérés non dans leur immobilité abstraite mais dans leur évolution historique continuelle. La méthode historico-empirique non fait reconnaître que le progrès de la conscience juridique apparaît d'abord sous une forme philosophique, doctrinale. C'est le plus souvent une période de lutte, une période de révolution, un période de bouleversement de l'Etat. Mais si cette idée doctrinale entre la conscience juridique du peuple, elle doit nécessairement, au bout d'un certain laps de temps, perdre son caractère philosophique et prendre figure de problème technique. C'est la voie qu'ont suivi maintes institutions du droit constitutionnel, présentées d'abord comme la suite logique de telle ou telle doctrine et transformées, au XXe siècle, en un problème technique*** ». Voir B. Mirkine-Guetzévitch, « Les nouvelles tendances du droit constitutionnel », *RDP*, 1930, p. 519.

Section 1/ Une dévalorisation progressive de la notion de constitution écrite

Ce sont deux phénomènes qui invitent la doctrine à une réflexion sur les sources essentielles en droit constitutionnel.

D'abord, la réalité du fonctionnement des régimes politiques montre que même en présence d'une constitution écrite, un régime ne peut être appréhendé dans sa complétude, qu'en prenant en compte certaines sources non écrites du droit constitutionnel, notamment la coutume et la pratique réelle du pouvoir. C'est même, dans certains travaux doctrinaux, un rapport inversé dans la hiérarchie des sources qui est privilégié.

D'un côté, la constitution serait impuissante, dans certains cas, à contenir la volonté réelle des pouvoirs publics et de l'autre, la coutume constituerait la source supérieure à la règle de droit constitutionnel. (§1) Sur ce dernier point d'ailleurs, l'ancienneté de la constitution de 1875 suppose une évolution du régime en pratique et un enrichissement, par la coutume[515], des règles essentielles relatives à l'organisation et au fonctionnement des pouvoirs publics[516].

Plus particulièrement ensuite, au niveau national, c'est la crise des institutions sous la IIIe République qui a provoqué une réflexion aboutissant à la consolidation d'une pensée distante et critique à l'égard de la règle de droit écrite. Afin de rétablir l'équilibre des institutions politiques en effet, une partie de la doctrine considère qu'il est préférable de laisser le régime parlementaire évoluer en pratique, plutôt que de l'adapter en modifiant la Constitution de 1875 (§2).

---

[515] H. Nézard, « De la méthode dans l'enseignement du droit constitutionnel », *Mélanges R. Carré de Malberg*, Paris, Librairie Edouard Duchemin, 1977, p. 381: « *Dans les Etats qui ont un long passé historique, comme la France, les institutions politiques ne sont pas contenues exclusivement dans une Constitution unique ni même dans un Code constitutionnel. Nos lois organiques sont très brèves : elles doivent être complétées par de nombreuses lois politiques, coutumes, traditions, pratiques parlementaires. Certaines de nos institutions ont été réglées par des lois d'époque diverses, d'une façon empirique, au hasard des inspirations du législateur ou des préoccupations politiques de l'époque, selon le caractère plus ou moins libéral du régime gouvernemental* ».

[516] Cet aspect vaut pour toute discipline juridique où le droit est écrit. S'agissant, par exemple du droit civil, voir la préface rédigée par Paul Deschanel à l'occasion de leçons organisées par le Collège libre des Sciences sociales en 1910 ayant pour thème « *les méthodes juridiques* ». Il considère que l'ancienneté des règles, conduit la doctrine à renouveler la méthode utilisée pour appréhender le droit en vigueur. Si le strict commentaire de la loi suffit au moment de son adoption, l'apparition de questions nouvelles, en dehors du cadre légal prévu initialement, ne permet plus de se satisfaire d'une connaissance exhaustive du droit par la seule exégèse. Voir F. Larnaude, H. Berthélémy, A. Tissier, H. Truchy, E. Thaller, E. Garçon, F. Gény, *Les méthodes juridiques*, Paris, Giard et Brière, 1911, préface, p. V et VI.

§1/ Le droit non écrit : source essentielle en droit constitutionnel

Dès lors que la réalité du constitutionnalisme en Europe montre que la proclamation d'une constitution libérale ne suffit pas à ce que le régime garantisse effectivement la liberté politique (A) et que c'est parfois dans le droit non écrit que se trouvent les règles essentielles qui gouvernent à l'organisation et au fonctionnement des pouvoirs publics (B), la doctrine n'hésite pas à repenser la hiérarchie des normes, dans le sens d'une primauté des sources non écrites.

A / Les limites de l'organisation formelle des pouvoirs afin de garantir la liberté politique

Hérité de la fin du XVIIIe siècle qui voit apparaître les premières constitutions écrites en France et aux Etats-Unis[517], le constitutionnalisme écrit véhicule l'idée selon laquelle, tout Etat doté d'une constitution est un régime libéral qui enferme le pouvoir dans des limites strictes (1). Précisément cette conception « *normative* » de la Constitution, relayée par les manuels classiques de droit constitutionnel, va être remise en cause au XXe siècle devant la réalité politique et juridique en France, mais également en Europe. A cet égard, la pensée de Boris Mirkine-Guetzévitch est décisive en ce qu'elle démontre, en pratique, que l'encadrement du pouvoir dans le droit peut s'avérer impuissant à contenir la volonté des pouvoirs publics et que le contexte économique et social peut contraindre les institutions politiques à agir en violation de la Constitution (2).

1/ La théorie classique du constitutionnalisme écrit

Souhaitant mettre fin à l'absolutisme monarchique en France, les constituants révolutionnaires sont convaincus par la nécessité d'inscrire les règles d'organisation des pouvoirs publics dans un texte écrit. Si l'on peut déceler l'existence d'une Constitution au sens matériel à travers les Lois Fondamentales du Royaume, la consécration d'une constitution au sens formel vise à lever les incertitudes inhérentes aux règles coutumières[518]. Il s'agit de substituer aux coutumes

[517] Respectivement en 1791 et 1787.
[518] Voir J. Barthélemy, P. Duez, *Traité de droit constitutionnel* (1926), Paris, LGDJ, Editions Panthéon Assas, 2004, p. 189.

vagues et imprécises, qui laissent de grandes possibilités d'action au Souverain, un cadre clair et stable organisant les voies de dévolution et d'exercice du pouvoir[519]. De fait, la Constitution vise non seulement à permettre un contrôle social entre les mains des gouvernés capables de vérifier si effectivement les règles sont respectées, mais surtout à instaurer une limitation réelle à l'exercice du pouvoir. Par son existence même, la Constitution s'oppose donc à l'arbitraire en ce qu'elle définit un Etat de droit où n'est possible que ce qui est conforme aux règles qu'elle impose. Pour reprendre les termes de Sieyès sur ce point, « *le corps des Représentants, à qui est confié le pouvoir législatif ou l'exercice de la volonté commune, n'existe qu'avec la manière d'être que la Nation a voulu lui donner. Il n'est rien sans ses formes constitutives ; il n'agit, il ne se dirige, il ne commande que par elles*[520] ».

Par ailleurs, dans le prolongement des théories du contrat social développées au XVIIIe siècle qui font de l'individu la source exclusive du pouvoir, c'est la Nation seule[521], parfois par l'intermédiaire de représentants, qui acquiert la compétence légitime pour organiser la société politique. En ce sens, la Constitution est présumée libérale puisqu'elle consacre des institutions (des pouvoirs constitués) imaginées par la Nation dans le but d'assurer la préservation de ses droits : c'est par elle qu'est assurée la conciliation entre l'exercice du pouvoir et la préservation des libertés individuelles[522].

Enfin, les règles contenues dans la Constitution sont supposées contraignantes dans la mesure où l'on est convaincu que la seule proclamation suffit pour que les gouvernants s'y soumettent. Historiquement la distinction « gouvernés/gouvernants » suppose que les

---

[519] Voir A. Esmein, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, 8e éd, Paris, L. Tenin, vol. 1, 1927, p. 602.

[520] E. Sieyès, *Qu'est-ce-que le Tiers-Etat ?*, (1822), Paris, Flammarion, 2002, p. 83.

[521] *Ibid*., Chapitre V, p. 81 : « *Dans toute nation libre, et toute nation doit être libre, il n'y a qu'une manière de terminer les différents qui s'élèvent touchant la constitution. Ce n'est pas à des notables qu'il faut avoir recours, c'est à la nation elle-même. Si nous manquons de constitution, il faut en faire une ; la nation seule en a le droit* ».

[522] Voir par exemple le Préambule de la Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen de 1789 : « *Les Représentants du Peuple Français, constitués en Assemblée Nationale, (...), ont résolu d'exposer dans une Déclaration solennelle, les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'Homme, afin que cette Déclaration, constamment présente à tous les membres du corps social, leur rappelle sans cesse leurs droits et leurs devoirs ; afin que leurs actes du pouvoir législatif, et ceux du pouvoir exécutif, pouvant être à chaque instant comparés avec le but de toute institution politique, en soient plus respectés (...)* » ou l'article 2 de cette même Déclaration selon lequel « *le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme* (…) ». Dans le même sens, on peut encore se reporter à la Déclaration des droits de Virginie de 1776 qui proclame la « *Déclaration des droits qui doivent nous appartenir, à nous et à notre postérité, et qui doivent être regardés comme le fondement et la base du gouvernement* ».

premiers imposent à l'usage des seconds, des règles et un statut qui leurs sont extérieurs[523]. Sur ce point, Sieyès montre qu'à la nécessité de règles statutaires, la Constitution a également pou but de contraindre les pouvoirs publics au respect des voies qui organisent son fonctionnement. Plus précisément, il considère, au terme de la description du processus constituant, qu'on « *sent donc la double nécessité de soumettre le Gouvernement à des formes certaines, soit intérieures, soit extérieures, qui garantissent son aptitude à la fin pour laquelle il est établi, et son impuissance à s'en écarter*[524] ». Ainsi et plus généralement, la question du respect véritable des prescriptions constitutionnelles par les pouvoirs publics, ne se pose pas. Dans son chapitre relatif à la « *théorie des constitutions écrites*[525] » contenu dans les *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, Esmein considère que pour s'assurer du respect de la constitution, il n'est pas besoin d'instaurer une quelconque sanction. Les caractéristiques du processus constituant, par opposition à celui d'adoption des lois ordinaires, suffisent pour soumettre les pouvoirs publics et pour présumer qu'une violation de la constitution n'est pas possible en pratique[526].

De ces considérations théoriques et générales, on en déduit donc les propositions suivantes : tout Etat doté d'une Constitution est nécessairement libéral[527] ; toute Constitution enferme les pouvoirs constitués dans des limites qu'ils sont tenus de respecter.

---

[523] E. Sieyès, *Qu'est-ce-que le Tiers-Etat ?, op. cit.*, p. 85 : « *Il serait ridicule de supposer la nation liée elle-même par les formalités ou par la constitution, auxquelles elle a assujetti ses mandataires. S'il lui avait fallu attendre, pour devenir une nation, une manière d'être positive, elle n'aurait jamais été. La nation se forme par le seul droit naturel. Le gouvernement, au contraire, ne peut appartenir qu'au seul droit positif.* » Par ailleurs, p. 86 : « *Le gouvernement n'exerce un pouvoir réel qu'autant qu'il est constitutionnel ; il n'est légal qu'autant qu'il est fidèle aux lois qui lui ont été imposées* ».

[524] *Ibid.*, p. 84.

[525] A. Esmein, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé, op. cit.*, vol. 1, p. 626.

[526] *Ibid.*, p. 626 : « *Les lois constitutionnelles ne s'imposent pas seulement au législateur ordinaire, en ce sens qu'il ne saurait les modifier : elles peuvent aussi restreindre ses pouvoirs dans le domaine législatif lui-même ; elles peuvent lui interdire de légiférer sur certains objets ou dans un certain sens ; c'est sur cette idée que repose, nous le savons, la garantie constitutionnelle des droits individuels. Mais comment sera assuré l'effet de semblables prescriptions ? La défense de toucher aux lois constitutionnelles n'a presque besoin d'aucune sanction : l'intervention d'une assemblée spéciale, la nécessité de formes particulières pour l'exercice du pouvoir constituant, suffisent par elles-mêmes pour empêcher l'empiètement du simple pouvoir législatif* ».

[527] Voir O. Beaud, « Constitution et constitutionnalisme », *in* Ph. Raynaud, S. Rials (Dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, 3e éd., Paris, PUF, 2003, p. 133 : « *selon le constitutionnalisme, qui vise à défendre la liberté individuelle au moyen de la constitution, toute constitution est juste, ou, pour s'exprimer dans un vocabulaire de la politique moderne, est libérale, c'est-à-dire qu'elle reconnaît les principes suprapositifs, les droits de l'homme et la séparation des pouvoirs, destinés à fixer des bornes au pouvoir* ».

2/ Les limites de la « rationalisation » du pouvoir et de l'ensemble de ses manifestions : l'apport de Boris Mirkine-Guetzévitch à la théorie du constitutionnalisme écrit

Le fil conducteur de l'œuvre scientifique de Boris Mirkine-Guetzévitch est sans doute la volonté de sortir le droit constitutionnel d'une lecture strictement nationale. A partir de modèles étrangers, les Constitutions nouvelles d'Europe centrale et orientale[528], il entreprend d'exposer l'existence d'autres modèles d'organisation des pouvoirs publics[529].
Essentiellement, sa pensée relative au constitutionnalisme peut être démontrée en deux temps, c'est-à-dire pour paraphraser M. Pinon, en distinguant le « *premier et le deuxième Mirkine*[530] ». Facilité méthodologique, cette césure permet en réalité, de rendre compte du réajustement de la pensée de Mirkine-Guetzévitch, à l'épreuve de l'évolution constitutionnelle des Etats qui forment son objet d'étude. Sorte de Janus, il a ouvert les portes d'un nouveau droit constitutionnel avant de les refermer devant les désillusions d'un avenir qu'il imaginait meilleur et de le ranger définitivement du côté de l'histoire[531].

Le « *premier Mirkine*[532] » raisonne sur la base des Etats qui se sont dotés d'une nouvelle constitution ou qui l'ont modifiée de façon substantielle à la fin du premier conflit mondial[533] et fort d'une approche conceptuelle, identifie un mouvement constitutionnel global et sensiblement identique[534]. En effet de l'ensemble des Etats analysés, les circonstances

---

[528]En 1925, il est chargé d'une « *Chronique constitutionnelle russe* » dans la « *Revue du droit public* » et présente « *la théorie générale de l'Etat soviétique* ». A partir de 1928, il publie par ailleurs « *Les Constitutions de l'Europe nouvelle* » où à côté des textes des Constitutions des Etats d'Europe d'entre-deux-guerres, figure un essai synthétique qui s'efforce de dégager des caractéristiques communes à l'ensemble des Etats concernés, c'est-à-dire qu'il « *a la conviction que s'élabore sous ses yeux un nouveau droit constitutionnel de l'Europe, une sorte de standard européen fondé sur le principe de la rationalisation du pouvoir* ». Voir B. Mirkine-Guetzévitch, *Les Constitutions de l'Europe nouvelle*, 10e éd., Paris, Delagrave, 1938, 336 p.
[529] Sur la pensée de Mirkine-Guetzévitch, voir S. Pinon, « Les idées constitutionnelles de Boris Mirkine-Guetzévitch », *in* C. M. Herrera (Dir.), *Les juristes face au politique*, t. 2, Paris, Kimé, 2005, p. 61. Une version moins détaillée de cette étude fut par ailleurs publiée dans la revue « *Droits* » : voir S. Pinon, « Boris Mirkine-Guetzévitch et la diffusion du droit constitutionnel », *Droits*, 2007, n° 46, p. 183.
[530] *Ibid*., p. 188 : « *L'œuvre constitutionnelle de l'auteur ne peut s'appréhender correctement si l'on admet pas l'existence d'un « premier » et d'une « second » Mikrine- Guetzévitch* ».
[531] B. Mirkine-Guétzévitch, *Les Constitutions de l'Europe nouvelle*, *op. cit.*, Préface à la troisième édition, p. 5 : « *Dans les précédentes éditions, l'Essai synthétique a été consacré à la naissance des Constitutions d'après-guerre et à l'étude des nouvelles tendances qui se sont manifestées dans le droit constitutionnel européen. Or, à l'heure actuelle, la vie constitutionnelle de l'Europe a subi des modifications si profondes que ces « nouvelles tendances » ne relèvent plus du droit en vigueur, mais de l'histoire* ».
[532] S. Pinon, « Boris Mirkine-Guetzévitch et la diffusion du droit constitutionnel », *op. cit.*
[533] Il s'agit essentiellement des constitutions de Russie, d'Autriche-Hongrie, de Tchécoslovaquie, d'Espagne ou d'Allemagne. Sur ce mouvement général, voir J. Bougrab, *Aux origines de la Constitution de la IVe République*, th., Paris, Dalloz, 2002, p. 45 et suiv.
[534] Voir sur ce point, G. Renard, « Les Constitutions de la nouvelle Europe », *Revue Politique et Parlementaire*, février 1930, p. 270. Voir spéc., p. 272 : « *A parcourir les multiples Constitutions de l'Europe moderne, - les plus récentes surtout, - on se rend compte immédiatement qu'au travers des dissemblances se dégage un sorte de*

sociales et politiques sont les mêmes[535]. Matériellement, il s'agit de l'apparition de régimes démocratiques après les révolutions de l'entre-deux-guerres qui ont conduit au renversement des anciennes monarchies[536]. Juridiquement, ils consacrent tous des régimes parlementaires aux institutions analogues[537], dont l'objectif principal est un renforcement du pouvoir législatif au détriment du pouvoir exécutif[538].

Commun à l'ensemble des Etats observés, ce mouvement se distingue également du passé, dans la mesure où il est à l'origine d'un renouvellement du parlementarisme classique en proie à une crise certaine. En ce sens, il apparaît irréductible au modèle parlementaire classique[539]. Confrontés à un même défi, l'apprentissage de la démocratie, ces Etats introduisent au sein de leurs constitutions des éléments nouveaux, notamment des droits sociaux et économiques à côté des droits et libertés individuelles ou l'adjonction de procédés de démocratie semi-directe au système de représentation.

Parallèlement et c'est sans doute le critère le plus saillant, toutes ces constitutions opèrent ce que Boris Mirkine-Guetzévitch appelle une « *rationalisation du pouvoir*[540] », c'est-à-dire que le pouvoir constituant s'est efforcé d'enfermer dans le droit, l'ensemble des manifestations du

---

droit commun constitutionnel, dont les grandes directions sont précisément celles que nos textes de 1875 ont empruntées - sans les formuler – aux anciennes Constitutions de la France ».

[535] B. Mirkine-Guetzévitch, *Les Constitutions de l'Europe nouvelle*, *op. cit.*, p. 8 : « *Les Constitutions nouvelles sont plus ou moins similaires ; les circonstances sociales et politiques dans lesquelles ont été élaborées ces constitutions sont les mêmes. On a « fabriqué » en Europe centrale et orientale les Constitutions « en série »*».

[536] Organisation politique nouvelle, les Etats concernés n'ont jamais fait l'expérience de la démocratie auparavant : « *Les hommes nouveaux arrivent au pouvoir. Qui sont-ils ? Ces révolutions se font dans les pays sans tradition démocratique, sans expérience parlementaire ; dans les pays qui n'ont pas connu la vraie liberté politique. Une nouvelle classe dirigeante mûre fait défaut.* (…) *les partis de gauche sont portés au pouvoir. Mais les socialistes de l'Europe centrale et orientale, par leur passé, par leur habitude de l'opposition intransigeante, ne sont nullement préparés pour gouverner* ». *Ibid.*

Par ailleurs, sur l'émergence d'un nouveau droit constitutionnel, voir J. Bougrab, *Aux origines de la Constitution de la IVe République*, *op. cit.*, p.13 et suiv. et spéc., p. 76 et suiv., sur la tendance à la standardisation en droit constitutionnel.

[537] Voir sur ce point, B. Mirkine-Guétzévitch, « Le régime parlementaire dans les constitutions européennes d'après-guerre », *Annuaire de l'Institut International de Droit Public*, 1936, p. 43 : « *Dans beaucoup de pays en train d'élaborer leurs Constitutions agissaient donc des facteurs communs. Ces facteurs communs aboutirent à des formules juridiques plus ou moins analogues dans les différents textes constitutionnels* ».

[538] B. Mirkine-Guetzévitch, *Les Constitutions de l'Europe nouvelle*, *op. cit.*, p. 10 : « *Les auteurs des nouvelles Constitutions, agissant sous l'influence de théories constitutionnelles avancées, professaient une méfiance générale à l'égard de l'Exécutif. C'est d'ailleurs une tradition historique de toutes les révolutions, de donner la primauté au pouvoir législatif. (...) Les auteurs des nouvelles Constitutions ont été, on peut le dire, hypnotisées par le passé ; au lieu de regarder avec confiance l'avenir, ils ont regardé en arrière, et le souvenir pénible de la pratique gouvernementale du passé avait laissé une trace si profonde dans la conscience politique de ces hommes qu'ils ont oublié complètement que l'Exécutif des démocraties nouvelles, l'Exécutif républicain, n'a pas de passé. Cette influence néfaste du passé a agi sur les auteurs des nouvelles Constitutions, qui ont « désarmé » l'Exécutif* ».

[539] C'est l'objet de la première partie des *Constitutions de l'Europe nouvelle*, intitulé « *Essai synthétique* ».

[540] *Ibid.*, p. 9.

Voir par ailleurs S. Pinon, « Boris Mirkine-Guetzévitch et la diffusion du droit constitutionnel », *op. cit.*, p. 188. Le droit constitutionnel d'entre-deux-guerres constitue dans la pensée de Mirkine, « *une sorte de standard européen fondé sur le principe de rationalisation du pouvoir* ».

pouvoir et de la vie sociale. L'auteur évoque sur ce point, une « *tendance à remplacer le fait métajuridique du pouvoir par les règles du droit écrit*[541] ». A titre d'exemples s'agissant de l'organisation du pouvoir[542], on trouve la reconnaissance des partis politiques[543], une formulation juridique du régime parlementaire à travers la responsabilité politique des ministres et la possibilité pour la majorité parlementaire de choisir son ministère[544]. On trouve également la possibilité d'un recours à des lois provisoires à l'initiative du Gouvernement, afin de palier à des situations d'urgence et d'alléger la procédure législative classique[545].

Cette analyse synthétique du constitutionnalisme européen d'après-guerre, sous l'angle de la rationalisation, consacre donc la constitution comme norme suprême et impérative puisque la pratique politique apparaît entièrement saisie par le droit. Est manifestée ici, une croyance en la vertu du droit de tout prévoir et de tout encadrer en amont du fonctionnement réel des institutions.

Pourtant, si Mirkine-Guetzévitch salue la volonté du pouvoir constituant de traduire toutes les conséquences du régime parlementaire en langage juridique, il constate très vite et avec regret, que dès leurs promulgations ces constitutions ont été détournées de leur visée initiale et loin de conduire au triomphe de la liberté, ont contribué à l'étouffer. S'interrogeant sur les raisons qui ont conduit à l'échec des projets constitutionnels initiaux, il distingue celles qui

---

[541] B. Mirkine-Guetzévitch, *Les Constitutions de l'Europe nouvelle*, *op. cit.*, p. 9. A cet égard, M. Pinon note que cette notion de rationalisation du pouvoir est synonyme d'Etat de droit dans la mesure où elle exprime « *la démocratie en langue juridique* ». Voir S. Pinon, « Boris Mirkine-Guetzévitch et la diffusion du droit constitutionnel », *op. cit.*, p. 188.
Voir dans le même sens, B. Mirkine-Guetzévitch, « Le régime parlementaire dans les constitutions européennes d'après-guerre », *op. cit.*, p. 44 : « *La rationalisation du pouvoir explique le processus historique de l'évolution du droit public. La rationalisation du pouvoir, en tant que tendance à embrasser dans le réseau du droit l'ensemble social de la vie, en tant que tendance à remplacer le fait métajuridique du pouvoir par les règles du droit écrit, c'est l'évolution progressive de la démocratie* ».

[542] *Ibid.*, p. 44 : « *La plupart de ces Constitutions ont été rédigées par les partis avancés qui avaient gardé un triste souvenir de l'ancien Exécutif, et cette méfiance à l'égard de l'Exécutif a donné la prédominance au pouvoir législatif. Et c'est pourquoi, comme nous le verrons, certains pays ont créé de nouvelles formes de parlementarisme. Dans quelques Etats, les Constitutions ont enlevé la formation du cabinet au pouvoir exécutif, le choix des ministres ou du président du conseil étant réservé au parlement ; et dans les pays où les ministres demeurent choisis par le président, nous apercevons, néanmoins, une tendance générale à affaiblir l'Exécutif et à le subordonner au Législatif* ».

[543] *Ibid.*, p. 62 : « *C'est, peut être, un des phénomènes les plus intéressants du droit constitutionnel nouveau que l'apparition des partis politiques sur la scène du droit écrit* (…) *La « rationalisation » a poussé les auteurs des nouvelles Constitutions à reconnaître la qualité constitutionnelle aux partis politiques* ».

[544] *A contrario*, le régime parlementaire avant la guerre reposait sur des « *éléments politiques* », c'est-à-dire qu'il « *était généralement basé sur les coutumes, sur la pratique. Dans la loi française du 25 février 1875, par exemple, il n'est indiqué que très sommairement et très incomplètement dans l'article 6 : « les ministres sont solidairement responsables devant les Chambres de la politique générale du Gouvernement…* ». B. Mirkine-Guetzévitch, *Les Constitutions de l'Europe nouvelle*, *op. cit.*, p. 13.

[545] On trouve encore la reconnaissance constitutionnelle des partis politiques, le droit électoral, les rapports entre les deux chambres, le régime fédératif ou l'autonomie locale, etc.

relèvent de la technique juridique et celles qui s'expliquent davantage par des raisons historiques ou politiques[546].

La violation des constitutions s'explique d'abord par une raison strictement juridique, celle de « *la construction défectueuse des rapports entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif dans les nouvelles Constitutions*[547] ». Précisément, Boris Mirkine-Guetzévitch considère que toutes ces constitutions ont oublié le rôle fondamental voire prépondérant, que doit avoir le pouvoir exécutif dans un régime parlementaire et la nécessaire collaboration entre les pouvoirs dans l'Etat[548]. Piégé par l'histoire, le pouvoir constituant a préféré tirer les leçons du passé[549] (lutter contre un pouvoir absolu) au lieu de regarder vers l'avenir (un pouvoir exécutif républicain). Il a donc fait le choix de traduire juridiquement une méfiance à l'égard du pouvoir exécutif et de conférer l'ensemble des prérogatives au pouvoir législatif[550]. Déséquilibré, le cadre constitutionnel formel ne pouvait qu'être renversé pour fonctionner.

D'un point de vue conjoncturel ensuite, ce sont les difficultés économiques et sociales consécutives à un conflit mondial qui peuvent expliquer le non respect de la règle de droit. Réclamant un Etat fort, capable de faire face à la crise d'après-guerre, le contexte a favorisé

---

[546] B. Mirkine-Guetzévitch, *Les Constitutions de l'Europe nouvelle*, *op.cit.*, p. 11 : « *Le problème du fonctionnement du régime démocratique n'est pas seulement un problème de technique juridique ; c'est l'histoire politique, l'histoire sociale, l'histoire tout court qui peut expliquer la faillite des gouvernements libres en Europe centrale* ».

[547] *Ibid*., p. 25. Voir également B. Mirkine-Guetzévitch, « Le régime parlementaire dans les constitutions européennes d'après-guerre », *op. cit.*, p. 65 : « *Mais si les auteurs des nouvelles Constitutions ont très bien saisi les problèmes purement techniques de la constitutionnalisation du régime parlementaire, ils n'ont pas pu comprendre la signification politique du régime parlementaire : ils n'ont pas compris la signification politique du pouvoir exécutif dans la démocratie moderne* ».

[548] Par exemple, à plusieurs reprises, l'auteur montre que le pouvoir exécutif doit être l'organe moteur dans la procédure législative. Il considère que « *l'exécutif est le centre de l'activité dans la démocratie parlementaire* », que « *la primauté politique de l'exécutif* » constitue « *l'essence du régime parlementaire moderne* ». Voir B. Mirkine-Guetzévitch, *Les Constitutions de l'Europe nouvelle*, *op. cit.*, p.31 et suiv.

[549] Voir sur ce point, E. Gordon, *Les nouvelles constitutions européennes et le rôle du chef de l'Etat*, th., Paris, Sirey, 1931, Introduction, p. 1 : « *Lorsque, au lendemain de la guerre de 1914-1918, les Assemblées constituantes des diverses nations se réunissent pour doter leurs Etats respectifs d'une lois fondamentale, le problème essentiel qui devait retenir l'attention de leurs membres fut indiscutablement celui de l'institution du chef de l'Etat* ». Voir également, J. Delpech, J. Laferrière, *Les Constitutions modernes. Europe, Afrique, Asie, Océanie, Amérique*, 6 vol., 4e éd., Paris, Sirey, 1928. Voir spéc., vol. 1, Préface, p. XI : « *Après une guerre terminée par les défaites d'empires à gouvernements forts et par la chute des ces gouvernements eux mêmes, il ne pouvait guère s'agir de placer la puissance dominante dans l'exécutif*. (…) *Sous l'impression des évènements de 1914- 1918, les nations s'orientèrent d'abord vers la solution favorable aux assemblées : n'était-il pas naturel de les bien prémunir contre les ambitions des gouvernements et d'empêcher par là le retour des maux dont le monde venait de souffrir ?* »

[550] B. Mirkine-Guetzévitch, *Les Constitutions de l'Europe nouvelle*, *op. cit.*, p. 27 et suiv. « *Les hommes de la Constituante, en préparant la structure constitutionnelle de demain, ne pensaient qu'aux abus de pouvoirs d'hier*. (…) *L'exécutif n'était pour eux que le roi, les lettres de cachet, la Bastille, l'ancien exécutif avec tous ses abus* (…) *En 1919- 1920, les socialistes de l'Europe centrale et orientale appelés après une Révolution, à préparer les textes constitutionnels de l'Europe nouvelle, répètent les erreurs commises par la Constituante ; ils s'efforcent de n'accorder dans leurs Constitutions que la place la plus modeste à l'Exécutif* (…) ».

une substitution de la compétence du législateur au profit du gouvernement, plus à même de palier à des situations d'urgence[551].

Quoi qu'il en soit, de la volonté d'organiser un régime parlementaire reposant sur la primauté du pouvoir législatif, l'encadrement rationalisé du pouvoir a abouti au contraire, à un renforcement substantiel du pouvoir exécutif. Exacerbé par un contexte particulier, le déséquilibre textuel a provoqué une pratique et des révisions constitutionnelles à rebours de son sens initial. Les pouvoirs publics ont du s'écarter de la Constitution, pire la violer afin de faire face aux problèmes réels du pays[552].

Ainsi à l'enthousiasme initial de l'observateur contemplant un édifice symbolisant la « *technique de la liberté* » succède le pessimisme du « *second Mirkine*[553] », conscient que l'édifice n'est dès sa promulgation, que ruine[554]. En montrant les failles de la rationalisation du pouvoir au sein des constitutions d'après-guerre, l'auteur a déjà infléchi sa pensée et l'apparition des régimes autoritaires et dictatoriaux va le conduire à remettre véritablement en cause les capacités du droit à saisir l'ensemble des phénomènes sociaux et politiques[555].

Finalement, il admet qu'un régime démocratique ne doit pas sa réussite aux seules dispositions constitutionnelles. Ce sont davantage la pratique réelle du pouvoir, le jeu des partis ou le contexte social[556], qui sont à même de garantir la stabilité d'un régime organisé

---

[551] Voir sur ce point, B. Mirkine-Guetzévitch, « Le régime parlementaire dans les constitutions européennes d'après- guerre », *op. cit.*, p. 56 : « *La crise économique qui sévit dans tous les pays a poussé les démocraties à chercher un moyen encore plus rapide que ceux que nous venons de voir, de faire face aux besoins de la situation, et le problème des pleins- pouvoirs est devenu un problème important de l'Etat démocratique* ».

[552] *Ibid.*, p. 46 : « *En quelques années cette rupture entre la légalité constitutionnelle et la réalité politique a pris une forme tellement aiguë que l'opinion publique de ces pays a insisté sur la nécessité de la révision constitutionnelle. Pratiquement donc plusieurs Constitutions ont été violées dès le jour de leur promulgation, d'autres ont été révisées dans un sens contraire aux principes constitutionnels de leurs auteurs* ».

[553] S. Pinon, « Boris Mirkine-Guetzévitch et la diffusion du droit constitutionnel », *op. cit.*, p. 188.

[554] B. Mirkine-Guetzévitch, *Les Constitutions de l'Europe nouvelle*, *op. cit.*, p. 10 : « *Une partie de ces Constitutions est déjà morte ; une partie a été révisée dans un sens tout à fait opposé au premier texte ; une autre partie, tout en continuant à exister sur le papier, ne présente plus aucune réalité politique* ».

[555] Ainsi si Mirkine-Guetzévitch s'efforce de montrer que d'un point de vue technique, les Constitutions ont pu favoriser le retour d'un exécutif fort, il prend toujours soin de rappeler que la chute de la démocratie n'est pas réductible à des raisons juridiques mais bien plus liée à des causes historiques, sociales, politiques ou économiques : « *Les failles de la démocratie (…) et son remplacement par des régimes dictatoriaux* », prévient-il « *appartient non pas à la science juridique, mais à l'histoire générale qui elle seule est capable d'embrasser l'ensemble des causes politiques, historiques et même psychologiques qui ont déterminé le triomphe de la dictature dans certains pays* ». *Ibid*., p. 24. Dans le même sens, *Ibid*., p. 11 : « *Le problème du fonctionnement du régime démocratique n'est pas seulement un problème de technique juridique ; c'est l'histoire politique, l'histoire sociale, l'histoire tout court qui peut expliquer la faillite des gouvernements libres en Europe centrale* ».

[556] L'expérience constitutionnelle analysée montre que ce sont beaucoup d'autres facteurs à côté du droit qui furent déterminants pour expliquer la mutation vers des régimes autoritaires et notamment le manque de culture de la démocratie des peuples concernés. Précisément, Mirkine-Guetzévitch considère que les peuples d'Europe centrale et orientale « *n'avaient pas encore atteint leur majorité politique*», entendue comme « *une synthèse psychologique de l'évolution politique du peuple* ». *Ibid.*, p. 74.

pourtant dans le droit[557]. Le basculement dans la pensée de l'auteur devient dès lors manifeste. Alors qu'il fait initialement dépendre un régime libéral de la propension de la Constitution à saisir l'ensemble des phénomènes politiques et sociaux, il finit par reconnaître que la viabilité de la règle de droit dépend assez largement du contexte social ou économique, mais surtout de la façon dont elle est réellement appliquée[558]. Pour cette raison, les dernières éditions des *Constitutions de l'Europe nouvelle*, rangent le « *constitutionnalisme nouveau* » dans la partie relative à l'histoire constitutionnelle[559].

B/ La « Constitution positive » n'est pas la Constitution formelle : le droit constitutionnel non écrit, partie intégrante du droit positif en vigueur

En France, si initialement la doctrine positiviste voit dans la Constitution la seule véritable source de droit, notamment en plaçant les règles non écrites en dehors du cadre légal et en les qualifiant de simples faits (1), la coutume, au sein de la littérature de l'entre-deux-guerres, a vu son statut largement rehaussé (2).

1/ La coutume, un « impensé constitutionnel » dans la pensée classique

L'élaboration d'une « *théorie générale du droit de la constitution* » permet à Maurice Hauriou de considérer la coutume comme la pratique comme des « ***faussements de la constitution***[560] ». Plus précisément, les règles non écrites nées du fonctionnement réel des

[557] Le parlementarisme réussi est celui qui repose sur une longue évolution vers la liberté politique, il ne s'agit pas d'« *une formule dogmatique, mais une vérité historique* ». *Ibid.*, p. 75.
[558] Sur la lecture du phénomène constitutionnel selon une méthode de science politique, voir S. Pinon, « Boris Mirkine-Guetzévitch et la diffusion du droit constitutionnel », *op. cit.*, p. 193 et suiv. Cet article contient de nombreuses références à des articles de Mirkine-Guetzévitch qui attestent de la conviction de l'auteur que le droit constitutionnel doit nécessairement prendre en compte la pratique du pouvoir.
[559] Voir sur ce point, B. Mirkine-Guétzévitch, « Le régime parlementaire dans les constitutions européennes d'après-guerre », *Annuaire de l'Institut International de Droit Public*, 1936, p. 39-40 : « *Le régime parlementaire, en Europe, a subi au cours de ces dernières années, de graves atteintes. Le nombre des pays où le fonctionnement des institutions libres a été remplacé par des régimes autoritaires s'est tellement augmenté que l'étude du fonctionnement du parlementarisme dans les Constitutions européennes d'après- guerre relève plutôt, à l'heure actuelle, de l'histoire. En effet, parmi les Etats qui se sont donnés de nouvelles Constitutions, il en reste bien peu actuellement qui pratiquent encore le régime parlementaire. Le parlementarisme, dans les nouvelles Constitutions de l'Europe d'après-guerre, n'est plus, nous le répétons, une question de droit en vigueur, mais un problème historique* ».
[560] Voir M. Hauriou, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, 4e éd., Paris, Sirey, 1938, p. 75.

pouvoirs publics constituent une forme moderne de la « *justice privée*[561] », c'est-à-dire qu'il s'agit de la manifestation de la volonté de défendre ses propres prérogatives et de les imposer par des moyens de coercition non juridiques puisqu'ils relèvent davantage de l'intimidation ou de la lutte politique[562]. Si cependant une coutume ou la pratique politique va à l'encontre des prescriptions du droit écrit, c'est toujours la règle de droit écrit (Hauriou parle du « *droit légal*[563] ») qui doit prévaloir et s'imposer[564].

De la même façon, le juriste positiviste Raymond Carré de Malberg n'attribue à la coutume qu'un rôle secondaire et accessoire en droit constitutionnel, dans son importante *Contribution à une théorie générale de l'Etat*[565].

A l'occasion du traitement de certaines règles qui sont appliquées sous l'empire du régime de 1875 mais qui ne relèvent ni de la constitution ni de la loi, Carré de Malberg minimise leur portée. S'agissant par exemple de la règle de l'annualité de l'impôt, il précise qu'il ne s'agit pas d'un principe constitutionnel et que le corps législatif peut y déroger de façon discrétionnaire. En effet, si Léon Duguit s'est efforcé de montrer la continuité de cette règle au travers des constitutions passées, le pouvoir constituant en 1875 n'y fait aucune mention. Pour cette raison, le juriste strasbourgeois considère qu'il s'agit tout au plus d'une coutume qui ne lie pas le pouvoir législatif et ainsi que cette règle est justifiée pour des raisons politiques et non des raisons juridiques. Dès lors relève Carré de Malberg, la règle coutumière de l'annualité de l'impôt relève du fait et non du droit[566].

Le second exemple significatif sur ce point, est celui de la tendance au recours par le Gouvernement à des règlements qui dépassent la seule exécution de la loi. Répondant à nouveau à Duguit qui a qualifié cette pratique gouvernementale de coutume constitutionnelle, Carré de Malberg considère qu'il s'agit là simplement de donner un fondement à des

---

[561] *Ibid.*

[562] *Ibid.* : « *Les coutumes constitutionnelles, si elles ne sont pas sanctionnées par le juge, en revanche le sont très énergiquement par une contrainte privée qui se ramène au droit de légitime défense de chacun des partenaires du jeu politique, chacun défend ses propres prérogatives et sa propre chance par des menaces de représailles ou par la lutte politique brutale mise au service de ce droit. C'est une réapparition de la justice privée* ».

[563] *Ibid.*

[564] *Ibid.* : « *les dispositions d'une loi écrite ne peuvent être abrogées ni par le non-usage, ni par des usages contraires. Le droit de justice privée, auquel se ramènent les pratiques constitutionnelles, ne saurait prévaloir sur le droit légal* ».

[565] R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat, spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français* (1920), Paris, Dalloz, 2004, 638 p.

[566] *Ibid*, p. 357 : « *Dans le silence de la Constitution actuelle, cette règle n'a plus qu'une valeur coutumière ; tout au plus aurait-elle une valeur législative, si l'on admet la survivance sur ce point des dispositions des Constitutions disparues ; dans un cas comme dans l'autre, le législateur est maître d'y déroger ou de l'abroger. En réalité, ce sont des raisons politiques, et non des raisons juridiques qui assurent le maintien de la pratique de l'annualité* ».

pratiques qui n'ont pas de base légale et qui se sont construites en dehors du droit et parfois même en violation de celui-ci[567].

Par conséquent, et plus généralement, Carré de Malberg dénie toute valeur juridique aux règles non écrites, mêmes celles qui ont été confirmées tout au long de l'histoire constitutionnelle nationale[568].

Un peu plus tard enfin, Julien Laferrière publie un article dans la *Revue du droit public*, qui symbolise bien la défense du droit écrit comme source essentielle voire exclusive du droit constitutionnel[569]. Reprenant à son compte la pensée de Carré de Malberg, il va encore plus loin dans sa démarche. Pour Laferrière en effet, « *l'idée d'une coutume constitutionnelle, au sens propre du mot, c'est-à-dire d'une règle non écrite mais juridiquement obligatoire, qui ne s'applique pas seulement à une question d'ordre constitutionnel, mais qui possèderait force et valeur constitutionnelles, est en réalité incompatible avec la notion de constitution écrite rigide*[570] ». Ce sont deux arguments essentiels qui sont invoqués pour étayer cette thèse.

D'abord, l'auteur rejette l'idée selon laquelle les pratiques politiques peuvent être considérées comme des règles juridiques, dans la mesure où il lie la définition d'une règle à son caractère

---

[567] *Ibid*., p. 683 : « *toutes les fois que les auteurs en sont réduits à invoquer la coutume pour justifier un état de choses établi en fait, cela revient à dire que cet état de chose manque de base en droit. En définitive, quelque coutume qu'il ait pu s'établir en ce qui concerne l'étendue de la puissance règlementaire du Président de la République, l'interprète des lois constitutionnelles de 1875 n'en doit pas moins maintenir qu'en principe, la Constitution française n'admet que les règlements faits pour l'exécution des lois ou en exécution des lois* ».

[568] Cet aspect apparaît clairement à l'occasion de la discussion sur la confirmation des principes de 1789 dans le droit en vigueur. « *On a dit, en effet, qu'en passant de Constitution en Constitution, consacrés, soit par des Déclarations, soit par des garanties des droits, ces principes ont acquis à la longue un caractère traditionnel et, en ce sens, définitif, analogue à celui des institutions non écrites de l'Angleterre. Cela peut être vrai ; seulement, il n'est pas de coutume qui soit capable de résister à la puissance du législateur. A supposer que les dispositions de la Déclaration de 1789 aient encore une valeur coutumière, elles ne formeraient point des règles constitutionnelles, et ne pourraient fournir des éléments de séparation des pouvoirs constituant et législatif. La caractéristique juridique de la Constitution, c'est, en effet -comme on l'a vu précédemment- d'être une loi possédant une puissance renforcée, en tant qu'elle ne peut être modifiée par une loi ordinaire et qu'elle limite ainsi la compétence législative : la notion de Constitution ne se trouve réalisée, en droit, qu'à cette condition. Cette considération suffit, à elle seule, à exclure la possibilité d'un droit constitutionnel coutumier. Il y a incompatibilité entre ces deux termes, Constitution et coutume. Car la coutume n'étant pas écrite, il n'est pas besoin d'une procédure de révision pour la modifier. La coutume ne possède donc pas la force supérieure qui caractérise le droit vraiment constitutionnel : seules les règles consacrées par une Constitution écrites sont revêtues de cette force spéciale. Il résulte de là que, même si les principes de 1789 devaient être considérés aujourd'hui comme ayant conservé leur existence juridique à titre coutumier et traditionnel, ils ne sauraient, en tout cas, être qualifiés de principes constitutionnels, ni être envisagés comme des éléments de la Constitution française proprement dite, puisque, par une conséquence même de leur caractère coutumier, ils ne sont point placés au-dessus de la puissance du législateur ordinaire* ». *Ibid.*

[569] Voir J. Laferrière, « La coutume constitutionnelle. Son rôle et sa valeur en France », *RDP*, 1944, p. 20 : « *Au risque de paraître faire preuve d'esprit rétrograde et de nous en tenir à un classicisme trop étroit, nous croyons que cette idée d'une coutume constitutionnelle, source de règles faisant partie du droit positif français et complétant la Constitution de 1875 avec une valeur juridique équivalente à celle des dispositions qu'elle édicte, ne doit être admise qu'avec beaucoup de prudence et de réserve* ».

[570] *Ibid*., p. 24.

juridiquement obligatoire[571]. Les comportements répétés des institutions sont de simples faits, des pratiques politiques qui sont susceptibles d'être abandonnées, sans conséquence quelle qu'elle soit. De façon synthétique, cela signifie que les pratiques ne créent jamais du droit.

Ensuite, s'agissant non plus de pratiques politiques mais de véritables coutumes, définies par l'auteur comme « *l'hypothèse où la répétition des précédents a donné naissance à une règle de droit, à une prescription juridiquement obligatoire*[572] », elles occupent, selon les dires de Laferrière, une place très restreinte au sein du régime institué en 1875. Sur ce point, l'auteur défend l'idée selon laquelle le choix d'une constitution écrite implique que l'ensemble des règles essentielles relatives à l'organisation et au fonctionnement des pouvoirs publics est prévu et que toute règle coutumière qui ajoute ou qui retranche au texte, est contraire au droit[573]. Toute modificiation de la Constitution doit obéir à une procédure spéciale[574].

Pour terminer, si à la même époque les manuels d'Esmein[575] mais surtout celui de Barthélémy et Duez[576], admettent que la coutume est une source du droit en général et du régime constitutionnel en vigueur en particulier[577], la doctrine classique considère le plus souvent, que la coutume a nécessairement un rôle accessoire et subordonné par rapport au droit écrit[578].

---

[571] *Ibid*., p. 25 : « *La coutume n'existe juridiquement que si elle est passée à l'état de droit coutumier, c'est-à-dire des prescriptions qui, malgré qu'elle ne soit pas exprimée par écrit, a la qualité et produit les effets d'une règle de droit* ».

[572] *Ibid*., p. 24.

[573] *Ibid*., p. 33 : « *Une coutume qui contredit en quelque chose la constitution est sans valeur juridique. Il ne peut y avoir de coutume contre la constitution. Cela réduit considérablement la possibilité de la formation de la coutume en matière constitutionnelle. Car, le plus souvent, une coutume ne pourrait s'instaurer sur une matière dont traite la constitution sans y apporter quelques changements, en moins ou en plus* ».

[574] *Ibid*., p. 31 : « *la Constitution de 1875 était une constitution rigide dont les dispositions ne pouvaient être modifiées qu'en observant la procédure spéciale de révision* ».

[575] Ayant construit sa partie générale à l'aide du droit anglais et des principes de la Révolution française, Esmein considère de fait, que « *comme toutes les règles de droit, celles qui rentrent dans le droit constitutionnel peuvent être déterminées de deux manières : par la coutume ou par la loi écrite* ». Voir A. Esmein, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, 8e éd, 2 vol., Paris, L. Tenin, 1927.

[576] Voir J. Barthélémy, P. Duez, *Traité de droit constitutionnel* (1933), Paris, LGDJ, 2004, 955 p. Voir spéc., p. 35- 37 et 510.

[577] Voir sur ce point, J. Delpech, J. Laferrière, *Les Constitutions modernes. Europe, Afrique, Asie, Océanie, Amérique*, 6 vol., 4e éd., Paris, Sirey, 1928. Voir spéc., vol. 1, Avertissement, p. XXXI : A propos de leur présentation des Constitutions dans le monde, les auteurs souhaitent relativiser les vertus explicatives d'un régime, à la seule connaissance du droit écrit. Ainsi ce recueil mérite d'être « *complété par la coutume et la tradition, lesquelles, parfois, comme en Angleterre, forment la base du droit public et ne laissent à la loi écrite qu'un rôle secondaire* ». Ils ajoutent : « *ce serait donc un singulière erreur que de compter trouver dans la constitution écrite d'un Etat le tableau complet de ses institutions politiques et les grandes lignes de son droit public* ».

[578] *Ibid*., p. 41 : « ***Nous n'admettons pas que la coutume constitutionnelle ai pu venir compléter et, à plus forte raison, modifier la Constitution de 1875. Nous ne croyons pas qu'il y ait une place pour la coutume constitutionnelle après le vote de la constitution, c'est-à-dire que la pratique, fût-ce celle du législateur ordinaire, ait pu ajouter à la constitution des règles supplémentaires de qualité constitutionnelle, c'est-à-dire des règles qui auraient force et valeur constitutionnelles*** ».

Malgré tout, c'est d'abord au travers de la pensée de Léon Duguit[579] qu'une défintion renouvelée de la règle apparait dans la littérature. Ensuite, sous l'impulsion des travaux de René Capitant, la coutume constitutionnelle est véritablement systématisée en tant qu'objet d'étude doctrinal en France[580] et elle devient une source essentielle du droit à côté de la seule constitution écrite. Précisément, Capitant permet d'accorder une place autonome à la coutume et libère cette source du droit de l'étau du droit écrit.

2/ Une hiérarchie des normes renversée au profit de la coutume

Léon Duguit (a) et René Capitant (b) ont respectivement développé une pensée qui place le droit non écrit au fondement de toute législation positive.

a/ La solidarité nationale, norme antérieure et supérieure au droit positif en vigueur : les apports de la théorie du droit de Léon Duguit

Au fondement de la pensée de Léon Duguit, l'Etat est considéré comme un phénomène de même nature que toute sorte de communautés humaines formées pour des raisons diverses, telles la famille, l'association, le syndicat, ou la commune. Puisque l'Etat ne se distingue pas d'autres formes de groupements humains, il n'est titulaire ni de la souveraineté ni de la personnalité juridique. L'observation, relève Duguit, nous fournit seulement des hommes réunis par les mêmes besoins et groupés en nations : « *L'homme a toujours eu besoin d'expliquer le visible par l'invisible, de placer derrière le phénomène qu'il constate directement une entité invisible dont il fait le support et la cause efficiente du phénomène qu'il constate*[581] ». Plus précisément, pour le Doyen de Bordeaux, il y a « *Etat* » à partir du moment où sont réunis deux éléments : la collectivité, c'est-à-dire une société humaine le plus

[579] Sur la coutume en général, voir L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t. 1, Paris, De Broccart, 1927, p. 153 et suiv.

[580] S'agissant de la remise en cause d'une lecture positiviste en Allemagne à la même époque, voir la préface de M. le Professeur Olivier Beaud à propos de la « *Théorie de la Constitution* » de Carl Schmitt. Voir C. Schmitt, *Théorie de la Constitution* (1928), Paris, PUF, 2008, p.5. Voir spéc., p. 85 et suiv : « *la primauté de l'effectivité conduit Schmitt à privilégier la pratique constitutionnelle par rapport au texte constitutionnel. Il s'appuie juridiquement sur les leçons de Savigny et notamment sur celle de la revalorisation de la coutume au détriment de la législation. La primauté de la pratique constitutionnelle est illustrée par la thèse de la texture ouverte de la constitution de Weimar selon laquelle le texte constitutionnel permet l'existence de quatre sous-systèmes possibles. La coutume ou si l'on veut la convention constitutionnelle, prévaut sur le droit écrit* ».

[581] L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 3e éd., Paris, E.de Boccard, Tome 1, p. 10.

souvent constituée en Nation[582], et une différenciation politique au sein de cette société. Aussi, si parmi ces hommes certains sont gouvernants et d'autres gouvernés, la domination des premiers ne provient nullement d'une volonté supérieure, d'un droit de souveraineté, mais d'une plus grande force pour s'imposer aux gouvernés. Pour autant, cette force n'est pas, par principe, une volonté légitime. La volonté des gouvernants devient légitime si seulement, elle est exprimée conformément à la solidarité sociale[583]. Ainsi, le fondement de la règle de droit ne provient pas de la volonté d'une personne mais de la volonté de la majorité des citoyens. Traduction du sentiment de solidarité sociale, la loi existe dans la conscience du peuple avant même d'être édictée.

Par conséquent peu importe la forme que peut revêtir cette règle, qu'elle soit écrite ou coutumière, c'est toujours le sentiment de justice et de la solidarité qui lui donne son caractère obligatoire. En ce sens, Duguit considère dans le Tome 1er de son *Traité* relatif à la règle de droit, que « ***l'homme vivant en société est soumis à une règle sociale, norme juridique, règle de droit, droit objectif, peu importe. Cette norme, qu'elle soit simplement perçue par la conscience des individus, qu'elle ait déjà sa reconnaissance et sa mise en œuvre dans la coutume, qu'elle soit formulée et sanctionnée par la loi écrite et positive, peu importe***[584] ».

Dès lors, les constructions juridiques qui décrivent l'Etat, personne morale détenant la souveraineté, suggèrent des conceptions métaphysiques qui sont sans aucune valeur et qui sont inaptes à rendre compte de la réalité sociale[585]. Sont alors respectivement écartés les

---

[582] Si Duguit admet que la forme de la plupart des groupements sociaux est la nation, c'est seulement la nation, personne morale dotée d'une volonté propre qu'il réfute. Sur la nation, voir *Ibid.*, t. 2, p. 4 et suiv.

[583] *Ibid*., p. 12 : « *Si la constatation directe des faits ne nous permet pas de saisir l'existence d'un pouvoir appartenant à la volonté humaine ou à certaines volontés, elle nous révèle, au contraire, directement l'existence d'une loi s'imposant aux hommes vivant en société. Cette loi est tout simplement celle qui les oblige à vivre en société, parce que, étant donnée leur nature, ils ne peuvent pas ne pas vivre en société. Par cela seul qu'il y a des sociétés humaines, et il ne peut pas ne pas y en avoir, étant donné qu'il y a des hommes, il y a une loi sociale* ». Duguit ajoute, *Ibid*., p. 111 : « *L'homme, ai-je dit, vit en société et ne peut vivre qu'en société ; par là, il est soumis à une règle de conduite, qui est sociale par son fondement, individuelle dans son application, une règle qui ne peut pas ne pas exister parce qu'elle est impliquée par la société elle-même. Une société ne pourrait exister s'il n'y avait pas une discipline sociale, si une règle ne défendait pas certaines choses et n'ordonnait pas certaines autres aux individus qui la composent. Cette règle est règle de droit quand la masse des consciences individuelles comprend qu'elle doit avoir une sanction sociale* ».

[584] *Ibid*., p. 201.

[585] Voir par exemple J. Barthélémy, « Analyse et compte rendu », *RDP*, 1908, p. 152 à propos de l'ouvrage *Droit constitutionnel*, paru en 1907. Sur ce point, Barthélémy montre que pour Duguit, « *l'Etat n'est pas cet être de raison doué de la personnalité, pourvu de la souveraineté et qui est né du cerveau des jurisconsultes à la recherche d'explication des phénomènes sociaux : l'observation scientifique ne fait pas apparaître cette personnalité. C'est donc une fiction. Une fiction n'explique pas, elle complique* ».

principes de souveraineté nationale et de représentation[586] dans la mesure où seule l'observation des faits permet un raisonnement à valeur scientifique[587]. Plus encore, alors même que les différentes constitutions qu'a connues la France consacrent de tels principes, cela ne suffit pas pour adhérer à ces constructions. Cette distance à l'égard des textes est rendue possible, précisément compte tenu d'une vision particulière du droit. Elle n'est tenable qu'à partir du moment où le droit ne se situe pas seulement dans la Constitution. De fait pour Léon Duguit, les faits transcendent les textes et le droit se trouve dans la réalité sociale[588].

Il reste en dernière analyse, que cette relativisation de la règle de droit, dans son sens formel, soulève néanmoins une difficulté. Conformément à la théorie classique, la constitution est l'instrument juridique qui permet de limiter l'action des gouvernants. En créant la constitution, le peuple enferme l'action des pouvoirs publics dans des barrières juridiques stables et qui ne dépendent pas de ces derniers. Dès lors si le droit n'est pas issu du texte, quelles sont les sources juridiques qui permettent de limiter le pouvoir et de préserver les droits et libertés individuelles ?

---

[586] Duguit réfute l'idée de volonté collective comme celle de volonté représentée. Voir L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 9 : « *Si les collectivités ont des droits subjectifs, c'est donc qu'elles ont une volonté distincte de celle des individus qui les composent. Mais on ne peut même pas affirmer que cette volonté collective existe ; car ce que l'on voit, ce que l'on constate, ce sont des manifestations de volontés individuelles. On le nie et on prétend qu'il y a des manifestations collectives bien différentes des manifestations individuelles. On parle de l'âme de la nation, de l'esprit du peuple, du moi commun des grandes personnes morales, que sont la nation, la famille, les classes, les provinces, les communes. On accuse de matérialisme plat et vulgaire, de béotisme épais, ceux qui ne veulent pas croire que ces grands mots expriment des réalités. Tout cela c'est de la littérature et de la poésie. Mettons que la croyance à la personnalité, à l'âme, à la volonté des grandes collectivités, est une croyance métaphysique qui peut être un ressort puissant d'action, qu'elle est un fait social que le sociologue ne peut pas négliger. Mais ce n'est pas par des croyances mythiques, ce n'est pas par des formules plus ou moins poétiques qu'on résout un problème de science positive* ». Duguit rejette donc d'un côté la personnalité de la collectivité susceptible d'avoir une conscience et une volonté et de l'autre, le fait que cette volonté collective puisse par un attribut de puissance, formuler des ordres inconditionnés. Sur la notion de représentation, Duguit après avoir écarté les théories du mandat ou de la délégation ainsi que la théorie de l'organe, défend l'idée selon laquelle c'est un fait de solidarité et d'interdépendance qui fonde le lien entre représentants et représentés. *Ibid.*, Tome 2, p. 545 et suiv.

[587] Précisément, en filigranne de cette vision du droit et de l'Etat, découle donc une volonté de construire une science du droit et de l'Etat à travers une méthode réaliste, qui se contente d'analyser les faits juridiques ou étatiques à partir de l'observation, en laissant de côté toute notion fixée de façon *a priori* et insusceptible d'être vérifiée empiriquement. Il n'y a de véritable science que justifiée par l'expérience réelle et la doctrine a trop souvent tendance, pense Duguit, à confondre constructions métaphysiques et constructions scientifiques. Au moment d'entamer l'étude des Libertés publiques au Tome 5 de son *Traité de droit constitutionnel*, Duguit nous précise qu'il entend s'attacher « *à rester fidèle aux deux grandes idées qui, je crois pouvoir le dire, m'ont toujours dirigé dans mes écrits et aussi dans mon enseignement de plus de quarante années : d'une part, suivre les réalités sociales d'aussi près que possible, en écartant tous les concepts a priori, indémontrés et indémontrables et, d'autre part, dire ce que je crois être le droit, en écartant toute arrière pensée qui lui serait étrangère et en dédaignant les mécontentements que cela peut provoquer d'où qu'ils viennent* ». *Ibid.*, tome 5, p. 5.

[588] *Ibid.*, p. 2 et suiv: « *Les faits sont plus forts que les textes, et le droit se trouve dans la réalité sociale et non dans les formules des lois, quelque solennelles qu'elles soient* ».

La réponse proposée par Duguit apparaît dans un Chapitre VI du Tome III du *Traité de droit constitutionnel*[589] relatif à l'Etat de droit. En tête de ce chapitre, il énonce l'idée fondamentale qui irrigue, selon ses dires, l'ensemble de son ouvrage : celle d'une nécessaire soumission de l'action de l'Etat à une règle de droit supérieure, c'est-à-dire à une règle qui n'est pas créée par l'Etat[590]. Cette règle est nécessairement distincte du droit produit pas l'Etat[591] mais elle ne réside pas dans la constitution. Duguit pose alors en principe, que le droit positif n'est et ne doit être que la constatation d'une norme antérieure, que la règle de droit positif n'est valable que si elle est conforme à une norme objective. Cette dernière naît spontanément des consciences individuelles et s'impose parce qu'elle répond à une nécessité sociale et au sentiment de justice. Le droit positif ne fait ainsi que constater cette norme objective[592].

Finalement, si un certain nombre de règles ne sont pas matériellement sanctionnées, cela n'empêche pas de les considérer comme des règles de droit. L'efficacité d'une règle n'est pas tant dans la sanction, mais bien plus dans la réaction sociale que sa violation engendre[593].

---

[589] Voir Chapitre VI « L'Etat et le droit », *Ibid*., t. 3, p. 589 et suiv.

[590] *Ibid.*, t. 5, Introduction, p. 1 : « *Quelle que soit la notion qu'on se forme de l'Etat et du droit, il faut affirmer que l'Etat a des devoirs envers les individus, que son action est limitée positivement et négativement par le droit, c'est-à-dire qu'il y a des choses qu'il ne peut pas faire et des choses qu'il est obligé et de faire. Telle est l'idée fondamentale qui domine tout ce traité de droit constitutionnel* ».

[591] Duguit rejette à cet égard la théorie de l'autolimitation conceptualisée notamment par Georg Jellinek. A l'occasion de ses développements sur l'Etat de droit, il rappelle avec énergie, qu' « *il faut s'élever de toute sa force et de toute son indignation contre ces doctrines qui, se réclamant des plus grands noms de la philosophie et de la jurisprudence allemande de Kant, de Hegel, de Ihering, de Jellinek, enseignent que l'Etat fait le droit, qu'il n'est pas limité par lui, ou du moins qu'il ne l'est que dans la mesure qu'il fixe lui-même* ». *Ibid*., t. 1, p. 498 et suiv.

[592] Voir L. Fonbaustier, « Une tentative de refondation du droit : l'apport ambigu de la sociologie à la pensée de Léon Duguit », *RFDA*, 2004, p. 1053. Voir notamment p. 1057 : « *L'immense avantage de cette conception, c'est qu'elle impose une évolution du droit positif en fonction des besoins objectifs d'une société à un moment donné. Et le droit objectif est l'étalon, la mesure du droit positif, le législateur n'étant, la formule revient sous la plume du doyen de Bordeaux, qu'un artiste ou un artisan politique mettant en œuvre les découvertes d'une science* ».

[593] Voir L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, *op.cit.*, p. 592 : « *Ce qui fait la règle de droit ce n'est pas, à vrai dire, l'existence d'une sanction sociale organisée, mais la réaction sociale que provoque la violation de cette règle et surtout cette idée pénétrant profondément la conscience collective que la sanction d'une pareille règle peut et doit être socialement organisée*. ».

Voir par ailleurs, L. Fonbaustier, « Une tentative de refondation du droit : l'apport ambigu de la sociologie à la pensée de Léon Duguit », *op. cit.*, p. 1057 : « *Le lien entre société et norme est pour Duguit indissoluble, mais la question demeure de savoir quand et comment s'effectue le passage de la norme sociale à la norme juridique. Pour lui, il survient lorsque la masse des consciences individuelles comprend que la sanction matérielle d'un acte violant la norme sociale peut ou doit être socialement organisée* ».

b/ Une redéfinition de la règle de valeur constitutionnelle : l'application du critère de « la plus grande force » dans les travaux de René Capitant

D'une façon générale et contrairement aux juristes positivistes qui n'accordent de valeur juridique qu'à la seule règle écrite, René Capitant s'écarte de la définition du droit comme la règle édictée par les autorités habilitées à créer le droit. Pour lui, il s'agit du « *droit appliqué, dont les prescriptions reçoivent généralement exécution dans une société donnée*[594] ». La place du droit écrit est largement relativisée et Capitant considère qu'il faut intégrer au droit positif en vigueur, l'ensemble des règles, qu'elles soient écrites ou non écrites[595].

S'agissant plus particulièrement du droit constitutionnel, René Capitant accorde une place prépondérante à la coutume[596]. Il démontre que le droit écrit, la Constitution de 1875, ne donne que peu d'indications sur la réalité du régime en vigueur et que la principale source en droit constitutionnel est la coutume[597]. En d'autres termes, c'est dans le droit constitutionnel non écrit que se situe le droit positif en vigueur[598], dès lors que les règles essentielles relatives au fonctionnement du régime sont totalement déconnectées des dispositions

---

[594] Voir R. Capitant, « Le droit constitutionnel non écrit », *Recueil d'études en l'honneur de François Gény*, Paris, Sirey, 1934, tome III, p. 2 : « *Il règne sur beaucoup d'auteurs comme un principe de légitimité du droit écrit qui exclut à leurs yeux le caractère juridique de toute règle non écrite. Tout ce qui n'est pas écrit tombe dans le domaine du fait ou de la politique, et ne saurait être regardé comme règle de droit. Mai l'interprète ne doit pas connaître que la « positivité » et la seule question à résoudre est donc de savoir si la notion de droit positif exclut ou admet la notion de droit non-écrit. Or, bien loin de l'exclure, elle la suppose. Car le droit positif n'est pas le droit posé par un législateur, il est le droit en vigueur, c'est-à-dire le droit appliqué, dont les prescriptions reçoivent généralement exécution dans une société donnée* ».

[595] Voir sur ce point, R. Capitant, « La coutume constitutionnelle », *RDP*, 1979, p. 959, reproduit dans R. Capitant, *Ecrits d'entre-deux-guerres (1928-1940)*, Paris, LGDJ, 2004, p. 283 : « *Dans le cadre du droit positif* (…) *chacun englobe tout ce qui n'est pas l'autre* ».

[596] A la même époque, Carlo Girola publie un article sur la coutume en droit constitutionnel italien. Plus précisément, il s'intéresse à la coutume dite « *introductive ou innovatrice, c'est-à-dire la coutume que l'on considère comme une source autonome de droit et à laquelle on peut en conséquence reconnaître une valeur juridique en dehors de toute disposition formelle qui, d'une manière expresse ou implicite, lui confèrerait pareille valeur* ». Voir C. Girola, « Les coutumes constitutionnelles », *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, vol. 3, Paris, Sirey, 1934, p. 9.

[597] En d'autres termes, pour reprendre les termes de M. le Professeur Beaud, l'auteur refuse « *l'équation Constitution égale Constitution écrite* ». Voir O. Beaud, *in* R. Capitant, *Ecrits d'entre-deux-guerres (1928-1940)*, *op. cit*., Préface, p. 39.
Voir également, à propos de la filiation entre René Capitant et Carl Schmitt, O Beaud, « René Capitant, juriste républicain. Etude de sa relation paradoxale avec Carl Schmitt à l'époque du nazisme », *in La République, Mélanges Pierre Avril*, Paris, Montchrestien, 2001, p. 54 et suiv. « *Les deux juristes partagent une égale aversion à l'égard du positivisme juridique, ou du positivisme constitutionnel.* » Il ajoute : « *Sa thèse, finalement assez proche des idées de Schmitt, vise à lutter contre le fétichisme de la Constitution écrite* ».

[598] Voir R. Capitant, « La coutume constitutionnelle », *op. cit.*, p. 286 : « *Il ne suffit pas, en effet, de considérer nos Lois de 1875 comme sommaires et incomplètes mais fournissant pourtant le cadre des institutions que la pratique constitutionnelle a précisées, il faut porter sur elles un jugement plus catégorique, car le régime qu'elles esquissent n'est pas le régime positif français ; celui-ci s'est constitué non dans le cadre, mais en marge du texte de ces lois* ».

constitutionnelles[599], mais également que la coutume a souvent tendance à dépasser le cadre du texte et à le contredire[600].

Par ailleurs, René Capitant va encore plus loin puisqu'il considère qu'au fondement de la Constitution, on trouve la coutume[601].

Conformément à la théorie positiviste de la hiérarchie des normes et notamment celle du juriste autrichien Hans Kelsen, la Constitution représente la règle suprême. Cette place lui est reconnue parce qu'elle est la règle qui détermine les organes et les conditions de création des normes générales qui lui sont subordonnées[602]. En d'autres termes, elle constitue l'acte juridique qui habilite les autorités compétentes à créer du droit. Au contraire, René Capitant voit dans la Constitution une norme subordonnée[603]. L'idée centrale est qu'au fondement des sources écrites du droit, on trouve les règles non écrites ou coutumières[604].

---

[599] Sur ce point, René Capitant montre que si les Lois constitutionnelles de 1875 s'intéressent à l'organisation des pouvoirs publics ou à l'élection des organes constitués, les règles dites essentielles, trouvent leur source dans la coutume :« *Ces règles essentielles sont, me semble-t-il, au nombre de trois. Ce sont les ministres qui gouvernent ; ils doivent jouir de la confiance des chambre, enfin, le Président de la République, quoiqu'il ne gouverne pas, a, néanmoins certains pouvoirs propres. Or, aucune d'elle ne se trouve dans le texte de la Constitution* ». *Ibid.*, p. 286.

[600] *Ibid*. Il s'agit, relève Capitant, de reconnaître « *l'étrange faiblesse des textes en matière constitutionnelle, la force d'évasion de la vie politique hors des formules où l'on a tenté de l'enserrer, le divorce presque constant qui en résulte entre l'apparence juridique et la réalité politique, en un mot l'importance de la coutume constitutionnelle à côté, et souvent à l'encontre, des constitutions écrites. La France, en qui l'on voit un pays de constitution écrite et même de Constitution rigide, n'échappe pas à cette loi* ». Voir par ailleurs, *Ibid.*, p. 294-295 : « *La coutume agit donc de trois façons : elle confirme, elle supplée, elle modifie le droit écrit* ».

[601] *Ibid.*, p. 285 : « *Pourtant, le domaine du droit constitutionnel conserve à la coutume une place imminente. Si le corps même de notre droit est aujourd'hui écrit, à la tête de l'édifice juridique, la coutume subsiste ; dans la pyramide juridique, les degrés supérieurs sont coutumiers ; notre droit, tout écrit qu'il soit, a pourtant toujours sa source et son fondement dans la coutume, car la notion de constitution est tout imprégnée de la notion de coutume* ».

[602] Voir H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, (trad. Fr. 1962) Paris, LGDJ, 1999, p. 224 : « *Si l'on s'en tient aux seules normes positives, le degré suprême de ces ordres est formé par leur Constitution. Il faut entendre ici ce terme en un sens matériel ; où il se définit : la norme positive ou les normes positives qui règlent la création des normes juridiques générales*.» Voir par ailleurs, *Ibid.*, p. 225 : « *le terme Constitution est pris aussi en un sens formel : la Constitution au sens formel est un document qualifié de Constitution, qui – en tant que Constitution écrite – contient non seulement des normes qui règlent la création des normes juridiques générales, c'est-à-dire la législation ; mais également des normes qui se rapportent à d'autres objets politiquement importants, et, en outre, des dispositions aux termes desquelles les normes contenues dans ce document ne peuvent pas être abrogées ou modifiées de la même façon que les lois ordinaires, mais seulement par une procédure particulière, à des conditions de difficulté accrue. Ces dispositions représentent la forme constitutionnelle* ».

[603] A l'occasion de sa thèse de doctorat relative à la révision des lois constitutionnelles, Georges Burdeau adopte une position plus tempérée sur le rôle de la coutume en droit constitutionnel. Dans sa conclusion, en effet, il envisage le rôle de la coutume au sein d'un Etat doté d'une constitution écrite et la nécessaire adaptation des institutions compte tenu des nécessités mais défend la supériorité de la règle de droit formelle par rapport à la coutume. Voir G. Burdeau, *Essai d'une théorie de la révision des lois constitutionnelles en droit positif français*, th., Macon, 1930, 349 p. Voir spéc., p. 327 : « *Pour apporter à l'ordre étatique en vigueur des retouches partielles ou même, nous l'avons vu, pour le changer complètement et lui substituer un régime nouveau, il existe une procédure prévue par la constitution. Or c'est là, il nous semble, une raison suffisante pour que toute activité intervenant en dehors des formes prescrites soit considérée comme illégitime. Qu'on ne dise pas d'une telle conception aboutit à une insupportable tyrannie formaliste, car il serait facile de répondre qu'aucune*

En réalité, la place accordée à telle ou telle source au sein de l'ordonnancement juridique provient pour l'essentiel du critère retenu pour identifier une norme constitutionnelle. Si chez Kelsen, c'est un critère formel qui est retenu, la règle constitutionnelle est celle qui est adoptée ou révisée conformément à une procédure qui diffère de celle de la loi ordinaire, René Capitant suggère quant à lui, celui de la plus grande force.

En ce sens, édictée par la Nation, la coutume représente une manifestation de volonté du pouvoir souverain, un acte du pouvoir constituant en d'autres termes. Conformément à ce critère organique, la coutume a valeur constitutionnelle et elle s'impose de fait, aux organes constitués. Surtout, le droit non écrit est encore supérieur au droit écrit car c'est la Nation qui confère un caractère obligatoire aux règles de droit en vigueur. Tant que le droit écrit n'a pas été reconnu et accepté par la conscience nationale, il n'est pas le droit positif en vigueur. *A contrario* en décidant de se soumettre à la loi, elle décide de l'effectivité de la règle[605]. Au fond, le droit positif n'est pas le droit posé par le législateur, il est le droit en vigueur effectivement appliqué et exécuté dans une société donnée[606].

A partir donc du postulat théorique selon lequel la norme constitutionnelle est identifiée par un critère de la plus grande force, Capitant justifie la valeur constitutionnelle de la coutume et lui accorde même une valeur supérieure à la Constitution. Il ne s'agit pas d'opposer les sources écrites aux sources non écrites dont ferait partie la coutume, mais de considérer au contraire que la constitution, fut-elle écrite, présente toujours un caractère essentiellement coutumier.

---

réglementation n'est plus insupportable que celle de règle dont on ne connaît pas l'exacte portée et qui, en pratique, entrent en conflit avec des textes positifs ».

[604] « *Si le corps même de notre droit est aujourd'hui écrit, à la tête de l'édifice juridique, la coutume subsiste ; dans la pyramide juridique, les degrés supérieurs sont coutumiers ; notre droit, tout écrit qu'il soit, a pourtant toujours sa source et son fondement dans la coutume* (…) ». René Capitant, « La coutume constitutionnelle », *op. cit.*

[605] *Ibid*., p. 292. René Capitant parle ici de la « *force constituante de la coutume* ». Voir par ailleurs, sur ce point, J. Robert, « L'apport de René Capitant à la théorie générale du droit », *in* Association Henri Capitant, *Apports de René Capitant à la Science juridique (Théorie générale du droit, Droit administratif, Droit constitutionnel et Science politique. Droit privé)*, Paris, Litec, 1992, p. 20-21.

[606] Le droit positif n'est alors pas le droit en vigueur mais le droit « *généralement obéi* ». Voir R. Capitant, *L'impératif juridique (introduction à l'étude de l'illicite)*, th., Dalloz, 1928, 230 p., reproduit *in* R. Capitant, *Ecrits d'entre-deux-guerres (1928-1940), op. cit.*, p. 65. Voir par ailleurs sur ce point, R. Capitant, « Le droit constitutionnel non écrit », *Recueil d'études en l'honneur de François Gény*, Paris, Sirey, 1934, tome III, p. 1.

§2/ Les vertus de la progression naturelle des institutions politiques : l'analyse doctrinale du régime parlementaire français

La crise institutionnelle traversée par la République française au cours des années 1930, invite les hommes politiques comme les juristes[607] à réfléchir aux moyens susceptibles de rééquilibrer le fonctionnement des institutions. Aussi, la littérature foisonnante de l'époque, sur le régime en vigueur et sa réforme[608], permet d'induire deux grandes réflexions dans le cadre du présent chapitre. Il s'agit de la question de la nature véritable du régime parlementaire (A) et de celle de l'opportunité d'une révision formelle des Lois constitutionnelles de 1875 (B). Précisément, tout l'intérêt est de montrer que s'agissant de l'une comme de l'autre de ces réflexions, de nombreux auteurs s'accordent pour considérer que l'adaptation des institutions créées par les Lois constitutionnelles de 1875, se réalise beaucoup mieux dans les faits qu'à travers une révision par le droit, dans la mesure où la stabilité et l'efficacité du régime parlementaire s'acquièrent de façon pratique.

A/ Les tentatives de saisissement de la logique réelle du régime parlementaire

Des tentatives d'appréhension du régime parlementaire dans les années 1930, on peut distinguer les auteurs qui suggèrent que cette forme d'organisation du pouvoir politique procède de quelques principes invariables et fixes (1), de ceux qui, sur la base également d'une pensée théorique, identifient le régime parlementaire dans sa plasticité et sa capacité d'adaptation suivant le lieu et les circonstances dans lesquelles il est consacré (2).

---

[607] Voir ce point S. Pinon, *Les réformistes constitutionnels des années trente. Aux origines de la Ve République*, th., Paris, LGDJ, 2003, 632 p. Fait notable, la discussion autour de la réforme des institutions qui a lieu dans les années trente et consécutive à la dérive du parlementarisme absolu sous la IIIe République, mêle tant les juristes que les hommes politiques, les uns servant les intérêts des autres. Voir par exemple p. 28 et suiv. « *Une sorte d'alliance va passagèrement se nouer entre les hommes politiques et les juristes. L'engagement des premiers dans la voie constitutionnelle donnait soudain aux seconds une formidable tribune politique. Leurs réflexions pouvaient enfin se diffuser, sortir du cercle restreint des clercs. S'appuyer sur les travaux des spécialistes donnait aussi aux discours politiques une garantie de technicité et de rationalité irréfutable (…) Fait sans précédent, constate Gilles Sicart, certains hommes politiques engagés sur le terrain du réformisme font référence aux œuvres de la doctrine universitaire* ».

[608] Pour une vue exhaustive de la littérature relative à la IIIe République, *Ibid.*, p. 582 et suiv.

1/ L'appréhension générale du régime parlementaire dans les années 1930

D'une façon générale, l'évolution du constitutionnalisme en Europe montre que les régimes politiques ne consacrent pas tous des institutions politiques, sur le modèle de la démocratie considérée historiquement comme classique[609]. Après la seconde Guerre Mondiale en effet, les régimes parlementaires se rationalisent, le système représentatif emprunte des techniques de démocratie semi-directe, les partis politiques ou la représentation proportionnelle font leur apparition au sein des constitutions[610]. La catégorisation des régimes politiques, conformément à une forme universelle, mérite alors d'être repensée pour être davantage en conformité avec l'infinie variété des modalités concrètes d'agencement du pouvoir. Précisément, dans les années 1930, apparaissent de nombreuses réflexions sur le régime parlementaire[611] et de nouvelles tentatives de définitions générales à partir de l'observation.

En 1924, Robert Redslob publie une étude sur le régime parlementaire à partir de l'étude des institutions d'Angleterre, de Belgique, de Hongrie, de Suède, de France, de Tchécoslovaquie, de l'Empire Allemand, de Prusse, de Bavière et d'Autriche[612]. Son raisonnement s'inscrit dans une démarche déductive qui consiste à élaborer d'une définition générale du régime parlementaire, afin de classer ensuite chacun des régimes empiriques qui forment son objet d'analyse. Précisément, l'articulation de sa pensée apparaît dans un plan en trois parties : « *Le régime parlementaire dans sa forme véritable ; Le régime parlementaire dans sa forme inauthentique ; Régimes encore indécis ; Régimes qui n'ont de parlementaire que les formules*[613] ».

---

[609] Voir A. Hauriou, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 4e éd., Paris, Montchrestien, 1970, avertissement, p. 1 : « *On a jamais autant gouverné dans le monde. Il y a, à l'heure actuelle, plus de cent vingt Etats indépendants, avec chacun un appareil politique et une Constitution. Avec aussi une vie politique, qui tantôt épouse le statut constitutionnel et tantôt le contredit ; souvent avec lenteur et dans le calme, parfois dans le tumulte des coups d'Etats ou des révolutions. Peut-on en un domaine si divers et, dans certaines parties, si renouvelée, tenter une synthèse ou, tout au moins, plus modestement, une mise en ordre ?* »

[610] Voir sur ce point, J. Bougrab, *Aux origines de la Constitution de la IVe République*, th., Paris, Dalloz, 2002, 768 p.

[611] S'agissant des réflexions des maîtres de la discipline, Esmein, Hauriou, Duguit ou Carré de Malberg, voir M. Waline, « Le mouvement des idées constitutionnelles dans les facultés de droit françaises au cours du premier tiers du XXe siècle », *in Histoire des idées et idées sur l'histoire : études offertes à Jean-Jacques Chevallier*, Paris, Cujas, 1977, p. 259 et suiv.

[612] R. Redslob, *Le régime parlementaire. Etude sur les institutions d'Angleterre, de Belgique, de Hongrie, de Suède, de France, de Tchécoslovaquie, de l'Empire Allemand, de Prusse, de Bavière et d'Autriche*, Paris, M. Giard, 1924, 356 p.

[613] *Ibid.*, Table des matières, p. 344 et suiv.

Le « Régime Parlementaire[614] », relève Robert Redslob qui va même jusqu'à utiliser la terminologie de « ***quintessence du régime parlementaire***[615] », est un régime de concrétisation de la souveraineté du peuple et surtout, une régime d'équilibre entre les pouvoirs exécutif et législatif[616] (des moyens de collaboration et de contrôle mutuels), où le Chef de l'Etat joue le rôle d'arbitre entre les pouvoirs. A cette fin, il dispose de la prérogative de nommer et révoquer le Gouvernement et de la possibilité de dissoudre la Parlement. Cette définition générale est confortée par le seul exemple dans l'histoire qui a consacré, pour Redslob, le vrai régime parlementaire, l'Angleterre.

A partir du vrai régime parlementaire, étalon d'évaluation des autres constitutions, Redslob opère un travail de classement. En pratique, la Belgique pratique un régime parlementaire largement influencé par les institutions anglaises, les anciennes constitutions hongroises et suédoises ont évolué vers un régime, et ce sont les termes de l'auteur, « *autochtone et indépendant*[617] », la France, sous la IIIe République, correspond à un régime parlementaire « *inauthentique*[618] », la Tchécoslovaquie et la Prusse peuvent être rangés parmi des régimes dits « *encore indécis*[619] » et enfin, les constitutions de Bavière comme d'Autriche, « *n'ont de parlementaire que les formules*[620] ».

Adoptant une démarche similaire, en 1932, Yvon Gouet publie un article dans la *Revue du droit public* intitulé « *Qu'est-ce-que le Régime parlementaire ?*[621] ». Dès l'entame de sa réflexion, il se demande si « ***la notion de « Régime Parlementaire » est vide de sens, ou bien si elle implique l'existence, entre les divers édifices constitutionnels auxquels elle s'applique, des ressemblances essentielles, de principes identiques et non pas de règles opposées***[622] ». C'est cette dernière tendance qui est défendue par l'auteur, puisqu'il propose, toujours sur la base du parlementarisme apparu en Angleterre, une définition générale du

---

[614] Cette première partie « *débute par une analyse purement logique* (…) *qui établit le principe du système et en déduit les conséquences* ». Ensuite, il s'agit de retracer l'histoire constitutionnelle anglaise, « *instructive au plus haut degré, elle est conséquente en elle-même et tend avec une volonté inflexible à dégager toujours plus rigoureusement les règles fondamentales du régime et à le construire sur des lignes mathématiques exactes* ». *Ibid.*, p. 99.

[615] *Ibid.*, p. 10.

[616] *Ibid.*, p. 4 : « *Le régime parlementaire est bien un système d'équilibre. Cette vérité résulte de notre analyse. Les pouvoirs exécutif et législatif se tiennent tête. Aucun d'eux ne possède une autorité supérieure, lui permettant de dominer l'autre* ».

[617] *Ibid*.

[618] *Ibid*., Deuxième partie, p. 156 et suiv. La France, considère l'auteur, s'est efforcée de concilier régime républicain et régime parlementaire.

[619] *Ibid*., p. 269 et suiv.

[620] *Ibid*., p. 324 et suiv.

[621] Y. Gouet, « Qu'est-ce-que le régime parlementaire ? », *RDP*, 1932, p. 197.

[622] *Ibid*., p. 198.

régime autour de principes généraux communs[623]. Pour autant, précise Gouet, cette définition du « Régime Parlementaire » ne procède pas d'une démarche qui consiste simplement à déduire à partir de principes fixés de façon *a priori*, des conséquences dans la pratique, mais au contraire à construire une définition sur la base de l'observation réelle du parlementarisme[624]. Ce régime parlementaire général est un régime dualiste pratiquant une séparation des pouvoirs dite atténuée afin de favoriser la collaboration entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif, pouvoirs qui bénéficient de pouvoirs équivalents et qui sont de fait, dans un rapport d'égalité[625].

De la même façon, et pour finir sur cet aspect, Georges Burdeau, dans son *Cours de droit constitutionnel* publié un peu plus tard[626], s'efforce de définir d'une façon générale, le régime parlementaire et réfute l'idée selon laquelle aucune règle précise ne serait à même d'embrasser cette forme d'organisation du pouvoir politique[627]. Précisément, il définit le régime parlementaire comme « *celui dans lequel la direction des affaires publiques appartient au Parlement et au chef de l'Etat par l'intermédiaire d'un Cabinet responsable devant le Parlement*[628] ». Davantage, il peut être identifié au travers de l'application de trois principes[629], « *l'égalité entre l'exécutif et le législatif ; la collaboration entre les deux pouvoirs ; l'existence de moyens d'action réciproque de chacun des pouvoirs sur l'autre*[630]».

---

[623] *Ibid.*, p. 198-199 : « *Sans doute, c'est un fait certain, le régime parlementaire, dans son origine, a été une lente formation coutumière, non une « théorie politique »-Ce n'est que peu à peu, dans la pratique constitutionnelle anglaise du XVIIIe et du début du XIXe siècle que se sont dégagées les institutions essentielles du parlementarisme et les principes directeurs de son fonctionnement. Ce n'est pourtant pas un agrégat inorganique d'institutions sans lien entre elles que ce régime. Ses institutions caractéristiques se coordonnent et se commandent réciproquement. Elles se supposent mutuellement, et si l'origine du parlementarisme n'a pas connu de « principes directeurs », ces principes se sont peu à peu dégagés de sa formation même et de la combinaison de ses institutions. Ils se sont déduits du fonctionnement de ces institutions, de leurs rapports entre elles. C'est ainsi que, peu à peu, une simple pratique constitutionnelle peut, modifiant des règles souples antérieures, poser des institutions, les combiner entre elles, construire finalement un véritable régime politique qui possède ses tendances et ses principes propres, et des caractéristiques nettement distincts* ».

[624] *Ibid.*, p. 205 : « *Cette étude n'aura, selon nous, de valeur objective, que si, rompant avec les préoccupations doctrinales a priori, elle tente d'asseoir sur l'observation des faits, des institutions, et sur cela seul, une définition du parlementarisme qui ne peut être exacte qu'à cette condition* ».

[625] *Ibid.*, p. 206 et suiv.

[626] G. Burdeau, *Cours de droit constitutionnel*, 4e éd., Paris, LGDJ, 1946, p. 92 et suiv.

[627] *Ibid.*, p. 92 : « *On a prétendu qu'il n'y avait pas de régime parlementaire, mais des régimes parlementaires. On voulait dire par là que cette forme de gouvernement n'obéit à aucune règle préétablie, qu'elle varie selon les circonstances. C'est une erreur : les politiciens ont peut-être intérêt à ce qu'il n'y ait pas de règle, mais ce n'est pas aux juristes à leur ouvrir la voie. Le régime parlementaire obéit à des principes, souples sans doute, mais dont le respect est cependant nécessaire pour mériter sa qualification de parlementaire* ».

[628] *Ibid.*, p. 93.

[629] Même si l'éminent juriste relève que l'évolution du parlementarisme a conduit à une altération de ces critères généraux sous l'effet notamment des idées démocratiques et d'une représentation plus importante du peuple dans l'organisation politique. *Ibid.*, p. 98 : « *Le régime parlementaire tel qu'il vient d'être décrit correspond à un schéma auquel la réalité a apporté de sensibles altérations. Cette évolution particulièrement sensible en France et en Angleterre s'est produite sous l'influence des idées démocratiques. Il faut observer en effet, que dans sa*

2/ Le régime parlementaire : une progression naturelle et continue vers un « type idéal »

Si le régime parlementaire est présenté à l'aide de quelques principes généraux par un certain nombre d'auteurs, la plupart des juristes qui s'intéressent à cette forme de gouvernement considère surtout, qu'il se caractérise par sa plasticité et son évolution singulière au sein de l'Etat où il est pratiqué. Il consacre des règles amenées à s'adapter à la vie institutionnelle pratique et ne peut être réduit à quelques règles constitutionnelles toujours applicables à l'ensemble des Etats parlementaires.

Ainsi, il ressort souvent du traitement doctrinal du régime parlementaire, l'idée selon laquelle il s'agit d'un régime souple et qui se caractérise par sa faculté d'adaptation en pratique, aux nécessités d'un Etat et surtout, qui subit des mutations sensibles avec le temps. Par exemple, Boris Mirkine-Guetzévitch considère en 1934, que le régime parlementaire est un « *mécanisme souple où les mœurs et la pratique ont plus d'importance que les lois et les chartes*[631] ». D'un point de vue scientifique, relève-t-il, il ne s'agit pas véritablement de savoir si les règles inscrites dans le droit consacrent le régime parlementaire, mais compte tenu de son extrême souplesse, de déterminer si la pratique du régime correspond au bon fonctionnement de l'Etat et plus généralement, à celui de la démocratie[632].

Dans la continuité de cette vision réaliste du régime, la pensée de René Capitant sur ce point, est plus conceptuelle. En effet, s'il défend, comme Mirkine-Guetzévitch, l'idée d'un régime souple et évolutif, il élabore néanmoins, une théorie du parlementarisme applicable à tout Etat, quelles que soient les conditions de temps et de lieu. Réunir ces deux aspects permet alors de considérer que René Capitant pense cette forme d'organisation du pouvoir politique comme une progression naturelle des institutions vers un équilibre idéal, réalisant au mieux, à terme, la logique du parlementarisme.

C'est au travers d'un article intitulé « *Régimes parlementaires*[633] », que Capitant propose une théorie générale du régime parlementaire en essayant de concilier deux théories existantes,

---

forme primitive, le parlementarisme est beaucoup plus compatible avec le règne d'une bourgeoisie éclairée qu'avec celui des masses populaires ».

[630] *Ibid.*, p. 94.

[631] Voir B. Mirkine-Guetzévitch, « La révision de la Constitution française », *L'année politique française et étrangère*, avril 1934, p.22.

[632] *Ibid.*, p. 24 : « *La science politique peut et doit dire si telle ou telle application du régime parlementaire est conforme au bien de l'Etat et aux nécessités techniques de la démocratie moderne ; et elle doit s'efforcer de trouver quelle doit être la pratique parlementaire qui correspond* ».

[633] R. Capitant, « Régimes parlementaires », *Mélanges Carré de Malberg*, Paris, Sirey, 1933, p. 237.

celle qui permet d'identifier le régime parlementaire selon le critère de la séparation des pouvoirs et celle qui pense sa singularité à travers la souveraineté du pouvoir législatif[634].

Historiquement nous dit l'auteur, c'est à partir de la monarchie limitée et la mise en œuvre du principe de séparation des pouvoirs en réaction à l'absolutisme royal, que naît le régime parlementaire. Il continue sa maturation avec la substitution du pouvoir ministériel au pouvoir royal (le gouvernement de cabinet) et se consolide à partir du moment où est consacrée la responsabilité politique des ministres devant l'Assemblée, réduisant à mesure qu'évolue le régime, le rôle du Chef de l'Etat.

Résultat d'une longue évolution historique, le régime parlementaire acquiert ses caractéristiques essentielles et est façonné par l'expérience et le fonctionnement réel des institutions[635]. Synthétisant encore un peu plus sa pensée, René Capitant livre sa recette du modèle idéal. Celui-ci se résume à deux règles essentielles : « *le Gouvernement gouverne, le Parlement contrôle*[636] ». L'équilibre réussi du régime dépend ainsi de la conciliation entre un gouvernement qui détient l'ensemble des prérogatives lui permettant de mener à bien l'action gouvernementale et la responsabilité des ministres devant le Parlement. De là, considère l'auteur, doit découler une cohabitation harmonieuse entre les institutions politiques qui collaborent et se limitent mutuellement. Pour reprendre les termes de Capitant sur ce point, le critère permettant d'identifier le régime parlementaire idéal est « *un ensemble d'institutions liées les unes aux autres se soutenant et se corrigeant mutuellement comme une machine lentement façonnée par l'expérience des démocraties occidentales et qui rallie la force et la souplesse*[637]».

Pour cette raison, de façon appliquée, René Capitant pense que la réforme des institutions françaises ne s'inscrit pas dans une remise en cause générale du cadre constitutionnel formel, mais dans de simples réajustements afin de se rapprocher de la forme idéale de gouvernement.

---

[634] *Ibid.*

[635] A partir de ces moments historiques, Capitant distingue trois types de régimes parlementaires qui correspondent à des réalités institutionnelles et qui se distinguent selon la place occupée par le Chef de l'Etat dans l'organisation des pouvoirs publics. Il distingue le parlementarisme orléaniste où le Chef de l'Etat jouit encore de prérogatives importantes, le parlementarisme occidental au sein duquel le Chef de l'Etat n'a plus d'autorité qu'à travers son titre de chef du pouvoir exécutif et enfin le parlementarisme prussien d'après-guerre qui supprime totalement le Chef de l'Etat. *Ibid*., p. 310.

[636] R. Capitant, « La réforme du parlementarisme », *in* R. Capitant, *Ecrits d'entre-deux-guerres (1928-1940)*, Paris, LGDJ, 2004, p. 327.

[637] Cité par le Professeur Conac *in* G. Conac, « L'apport de René Capitant au droit constitutionnel et à la science politique », *in* Association Henri Capitant, *Apports de René Capitant à la Science juridique*, Paris, Litec, 1992, 97 p.

Le régime parlementaire ne s'impose pas dès sa consécration par la constitution, il évolue à partir de certaines règles et trouve progressivement son point d'équilibre. Si la stabilité des institutions est rompue à l'heure présente, c'est que le parlementarisme tel qu'institué en 1875, doit encore évoluer afin de réunir l'ensemble de ses caractéristiques essentielles[638]. A l'instar de l'apprentissage progressif du parlementarisme depuis la chute de la monarchie absolue, la IIIe République est engagée dans un processus en cours. Il faut simplement l'accompagner vers une réalisation plus complète et harmonieuse de ce type de régime. Sur la base de sa propre théorie du régime parlementaire, l'intérêt d'une réforme des institutions en France, nous dit René Capitant[639], n'est donc pas dans la révision formelle des lois constitutionnelles. La Constitution ne contient pas l'essentiel des règles en vigueur, elle ne saurait en rien donner une vision exhaustive des ressorts du régime[640]. Modifier le texte ne permet pas de régler les problèmes institutionnels essentiels[641].

En conséquence, la meilleure façon de remédier aux carences du régime consiste à laisser de côté la Constitution et de démarrer la réflexion à partir du régime parlementaire tel qu'il est. Il ne s'agit pas de faire table rase du passé et de gommer la vie constitutionnelle du régime parlementaire né en 1875, mais de continuer à faire évoluer les institutions vers un régime plus équilibré, vers le « *régime parlementaire idéal* ».

---

[638] C'est à partir du fonctionnement réel des institutions qu'il convient de gommer certains dysfonctionnements, afin de garder ce qu'il y a de bon. Ainsi par exemple, si la domination du pouvoir législatif sur le pouvoir exécutif, constitue la raison principale du dérèglement des institutions pour la plupart des observateurs, M. Capitant y voit davantage un élément rassurant au moment d'envisager une réforme. Puisque l'équilibre du régime parlementaire est dans la collaboration et la limitation mutuelle entre les pouvoirs, non dans la séparation absolue des pouvoirs, la détention de l'ensemble des prérogatives par le Parlement rend la réforme facile.
Il suffit alors simplement que le Parlement délègue ses pouvoirs aux ministres qui agissent en son nom et sous son contrôle, c'est-à-dire déplacer le centre de décision vers « *un autre lui-même.* » Voir R. Capitant, « La réforme du parlementarisme », *op. cit.*, p. 332 et suiv.

[639] Voir notamment R. Capitant, « Régimes parlementaires », *op. cit*, p. 237 ; R. Capitant, « La réforme du parlementarisme », *op. cit.*, p. 325 ; R. Capitant, « La crise et la réforme du parlementarisme en France. Chronique constitutionnelle française » (1931-1936) », *in Ecrits d'entre-deux-guerres (1928-1940), op.cit.*, p. 343.

[640] *Ibid.*, p. 326.

[641] Voir sur ce point, G. Conac, « L'apport de René Capitant au droit constitutionnel et à la science politique », *op. cit.*, p.59 et suiv.

B/ La question particulière de l'opportunité d'une révision formelle des Lois constitutionnelles de 1875

La question de l'opportunité d'une révision formelle de la Constitution de 1875 est largement traitée par les juristes français au cours des années 1930[642]. A titre principal, la doctrine, unanimement convaincue des dysfonctionnements importants du régime, s'interroge sur une alternative générale : faut-il croire en une évolution naturelle des institutions politiques au sein du régime constitutionnel existant depuis 1875 ou au contraire, réviser, de façon formelle, la Constitution qui n'est plus adaptée pour permettre un bon fonctionnement des institutions ?

Sur cette question, tout l'intérêt est de constater que nombre de juristes français[643] pense que l'évolution pratique et politique du régime en vigueur, est préférable à une révision des règles de droit constitutionnel[644].

Les soubassements essentiels qui fondent cette conviction sont de deux ordres, théoriques et pratiques. D'un point de vue théorique, les juristes qui défendent l'inutilité d'une révision de la Constitution, considèrent le plus souvent, que l'efficacité d'une règle juridique ne dépend pas de son pouvoir intrinsèque de coercition, mais beaucoup plus de la volonté des forces sociales et politiques de se soumettre au droit. D'un point de vue pratique, l'observation du régime en vigueur leur permet de considérer que les dysfonctionnements institutionnels résultent essentiellement de problèmes politiques et conjoncturels. Les règles constitutionnelles imaginées en 1875 en d'autres termes, permettent l'équilibre des institutions, c'est seulement la pratique du pouvoir qui le fausse, en ôtant toute prérogative au pouvoir exécutif[645].

---

[642] Voir not., G. Jèze, « La crise politique française », *RDP*, 1934, p. 221 : « *La crise politique que traverse la France soulève le problème de la réforme constitutionnelle. Les lois constitutionnelles de 1875 doivent- elles être révisées ? Sur quels points ? De nombreux projets ont été présentés. Des livres récents ont tracé des plans de réforme, qui rendraient nécessaire une révision constitutionnelle profonde. Faut-il toucher aux lois constitutionnelles ? Le régime politique actuel est loin d'être parfait. Une révision fondamentale des textes serait-elle efficace ? Des réformes politiques sont indispensables. Elles seront très difficiles à réaliser. Sur quels points doivent-elles porter ?* ». Voir également, B. Mirkine-Guetzévitch, « La révision de la Constitution française », *L'année politique française et étrangère*, avril 1934, p.1.

[643] Parmi les partisans d'une révision de la Constitution, voir par exemple, M. Ordinaire, *Le vice constitutionnel et la révision*, Paris, Nouvelle librairie française, 1932, 63 p.

[644] S'agissant d'une vue d'ensemble des partisans d'une révision de la Constitution, voir B. Mirkine-Guetzévitch, « La révision constitutionnelle », *op. cit.*, p. 337; voir également A. Milhaud, « Simples réflexions sur la révision de la Constitution », *Revue politique et parlementaire*, 1934, p. 207.

[645] Voir sur ce point, B. Mirkine-Guetzévitch, « La révision de la Constitution française », *op. cit.*, p. 24 : « *La réforme est très simple, en même temps qu'extrêmement difficile : pour redresser le régime parlementaire, il faut un exécutif fort ; pour qu'il soit fort, il faut une majorité stable, et, pour obtenir cette majorité stable, il faut trouver des facteurs politiques favorables qui ne peuvent être inscrits ni dans les lois, ni dans la Constitution. Bref, tout en admettant l'utilité de certaines retouches aux lois constitutionnelles de 1875, nous considérons que*

Ainsi, Gaston Jèze en 1934, à propos de l'efficacité d'une révision constitutionnelle, parle d'une « *illusion à dissiper*[646] ». Plus précisément, il exprime ses faveurs pour un régime qui s'adapte lentement et progressivement au contexte réel d'un Etat et il considère que l'efficacité des règles résulte davantage de l'exercice des forces sociales et politiques en présence, que de l'application de la Constitution[647]. Pour le montrer, Jèze énumère un certain nombre de règles inscrites au sein des textes de 1875 qui ont été détournées ou transformées sous l'effet de la réalité sociale et politique[648]. L'intérêt de consacrer des règles nouvelles est relatif puisque les forces constituées peuvent vider le droit de son sens initial. Il est alors préférable d'ajuster le régime constitutionnel au travers d'un rééquilibrage du jeu des forces politiques en place, conformément à la Constitution de 1875. Par exemple, afin d'assurer un contrepoids à l'omnipotence du Parlement, il est invoqué la nécessité d'avoir un Chef d'Etat fort. Notamment, il faudrait que le pouvoir exécutif puisse à nouveau bénéficier de l'instrument de la dissolution. Pour autant, relève Gaston Jèze, cette prérogative est d'ores et déjà inscrite dans la Constitution. Il suffit donc d'élire un Président fort, capable d'imposer aux autres pouvoirs dans l'Etat, l'exercice de ses prérogatives telles que prévues par le droit[649].

Défendant des positions similaires, Joseph Barthélémy a toujours accordé une place relative à la règle de droit et notamment aux vertus d'une Constitution écrite[650]. D'abord, il défend la

---

ce serait déplacer le centre de gravité que partager la croyance illimitée dans la vertu de la révision constitutionnelle ; en régime parlementaire, le problème de la majorité joue un rôle plus important qu'un paragraphe constitutionnel, et, comme le problème de la majorité n'est pas un problème juridique mais un problème purement politique, la science politique est obligée de garder un certain relativisme vis- à- vis de toutes croyances illimitées dans les miracles à attendre de la révision constitutionnelle ».

[646] G. Jèze, « La crise politique française », *op. cit.*, p. 222 : « *Ceux qui ont examiné de près les systèmes politiques des Etats modernes et leur évolution éprouvent un grand scepticisme sur l'efficacité des révisions constitutionnelles pour transformer les institutions* ».

[647] *Ibid.* : « *Un bon système politique est celui qui pousse lentement dans un pays et s'adapte peu à peu au tempérament de la population* (…) *Les formules les plus rigides ne peuvent empêcher quoi que ce soit. Jamais un texte n'a arrêté une force véritable. Cette force s'appuie sur les principes constitutionnels, assez lourdement pour qu'ils cèdent* ».

[648] *Ibid.*, p. 224-225 : « *Par exemple, les constituants de 1875 voulaient un Président fort, nommant et révoquant les ministres, et un Sénat puissant ; ils ont ensemble, d'après le texte de la Constitution, le droit de dissolution pour maîtriser la Chambre des députés. Tous ces calculs ont été renversés. C'est la Chambre qui est la plus forte et qui le montre. Le Président ne joue qu'un rôle secondaire ; c'est le premier ministre qui est le chef du gouvernement. Depuis 1877, la dissolution est une arme qui ne sert plus ; les députés n'en veulent pas* ».

[649] *Ibid.*, p. 225 : « *Veut-on un Président fort ? La Constitution actuelle offre tout ce qu'on peut désirer à cet égard. Il ne reste qu'à trouver et à élire l'homme énergique qui aura la force de se servir de la Constitution. Par exemple, certains demandent que le Président puisse révoquer les ministres et qu'il ait le droit de dissolution. Ces pouvoirs la Constitution les lui reconnaît. Pourquoi ne les exerce-t-il pas ? C'est une question de force* ».

[650] Voir à cet égard, F. Saulnier, *Joseph Barthélemy 1874-1945. La crise du constitutionnalisme libéral sous la IIIe République*, th., Paris, LGDJ, 2004, p. 237 et suiv. Il relève, à propos de Joseph Barthélemy, que « *le théoricien, déjà réaliste par tempérament, a acquis* (par son passage dans le monde politique) *la conviction que*

Constitution de 1875 dans ses caractéristiques essentielles, caractéristiques qui s'inscrivent en rupture par rapport aux constitutions passées[651]. Notamment, la concision des Lois constitutionnelles est louée car elle permet à la coutume, de parfaire le cadre relatif au fonctionnement des institutions[652]. Elle est par ailleurs épurée de toute formule générale et abstraite, pour ne consacrer que les règles essentielles d'organisation du pouvoir[653].
Ensuite et plus généralement, tout au long du *Traité de droit constitutionnel* de Joseph Barthélemy et Paul Duez publié en 1926, est développée une vision réaliste du droit et du droit constitutionnel en particulier[654]. Très visible au dernier Titre de la deuxième partie relatif au mécanisme de révision de la Constitution institué par les Lois constitutionnelles de 1875[655], cette vision implique un parti pris contre une révision formelle de la Constitution[656].

A propos du fonctionnement réel des institutions, les deux auteurs considèrent qu'il témoigne d'un enracinement solide de la République en France[657], notamment eu égard à l'échec d'un retour à la Monarchie. Précisément si la Constitution de 1875 a duré, c'est d'abord parce

---

l'empirisme est la bonne méthode. Que la valeur des hommes, leur volonté, éventuellement l'importance accordée à des détails, valent plus que certains grands principes ».

[651] Voir sur ce point, J. Barthélemy, *Le gouvernement de la France ; tableau des institutions politiques, administratives et judiciaires de la France*, Paris, Payot, 1939, Introduction, p. 10-11 : « *Nos institutions ne se présentent pas par conséquent comme une belle construction rectiligne, dont toutes les parties seraient harmonieusement distribuées d'après un plan préconçu. Elles sont comme une vieille maison de famille, où chaque génération a apporté quelque amélioration, opéré quelque aménagement nouveau, marqué sa trace. Il en résulte quelques incommodités, quelques contradictions apparentes de nature à irriter les esprits abstraits, épris d'une logique absolue. Mais, si la maison a ses défauts, elle n'est pas dépourvue de qualités : ses charpentes vénérables ont subi l'épreuve des ans et des tempêtes ; et elle a été adaptée progressivement, au fur et à mesure des leçons de l'expérience, aux besoins, et au tempérament, essentiellement raisonnable et modéré, du peuple français* ». Voir également J. Barthélemy, P. Duez, *Traité de droit constitutionnel*, (1933), Paris, LGDJ, 2004, p. 34 et suiv.

[652] J. Barthélemy, *Le gouvernement de la France*, *op. cit.*, p. 16 : « *Le dogmatisme en est complètement banni : à l'opposé des majestueuses constitutions révolutionnaires* (…) *celle de 1875 n'affirme aucun idéal, ne proclame aucun principe* (…) *La constitution de 1875 est « une constitution pédestre, une Cendrillon se glissant sans bruit entre les partis qui la dédaigne »* ».

[653] *Ibid.*, p. 16 : « *Une autre différence avec les constitutions révolutionnaires est l'absence de cet esprit simpliste, de cette logique abstraite qui est de nature à produire tant de maux dans les sciences politiques*. »

[654] Voir sur ce point, O. Beaud, « Joseph Barthélémy ou la fin de la doctrine constitutionnelle classique », *Droits*, 2000, n°32, p. 106. Le Professeur Olivier Beaud considère que le Traité contient une « *théorie implicite du droit constitutionnel (…) marquée par une sorte de réalisme constitutionnel ou réalisme politique qui confine presque à l'anticonformisme* ».

[655] J. Barthélemy, P. Duez, *Traité de droit constitutionnel*, *op. cit.*, Titre VII, Deuxième partie, p. 887.

[656] *Ibid.*, p. 901 : « *la constitution est loin d'être parfaite. Nous ne professons pas pour elle un respect superstitieux. Cependant, nous lui restons attachés et nous sommes, pour l'heure présente, adversaires de la révision*. » Voir également, p. 904 : « *le régime parlementaire réclame une refonte d'ensemble pour s'adapter aux circonstances nouvelles. Point n'est besoin d'aller à Versailles pour y procéder* ».
Voir par ailleurs sur ce point, J. Barthélemy, « La Constitution Doumergue », *Revue Politique et Parlementaire*, novembre 1934, p. 225.

[657] *Ibid.* : « *Qu'une assemblée monarchique n'ait pas pu rétablir la Monarchie, même au lendemain de l'Empire, même dans l'émotion créée par le désastre, c'est la preuve péremptoire, que même à titre provisoire et accidentel, la Monarchie ne peut pas reprendre racine sur notre sol. La République seule était viable et elle l'a montré* ».

qu'elle est l'œuvre d'une l'Assemblée nationale constituante qui s'est contentée de prendre en compte l'expérience du passé et de construire un cadre dont les contours seraient façonnés par la pratique. Caractérisé par sa souplesse, le système constitutionnel imaginé en 1875 - « *notre constitution pratique et « pédestre »*[658] »- peut donc évoluer au gré des circonstances et s'adapter à son milieu. Au contraire, suggèrent Barthélémy et Duez, la rigidité d'une Constitution n'est pas gage de solidité[659] et les révisions les plus substantielles sont l'effet de la pratique et non de la révision formelle[660].

Finalement, ce sont donc les limites du droit écrit devant la pratique du pouvoir[661], qui sont mises en lumière par les deux auteurs. Si la nécessité d'une révision de la Constitution apparaît inapte à corriger les imperfections du régime, c'est parce que d'une façon générale, les règles constitutionnelles ne doivent leur efficacité qu'à la bonne volonté des pouvoirs constitués[662].

---

[658] *Ibid.*, p. 902.

[659] René Capitant comme Joseph Barthélemy s'inscrivent du côté des « *antirévisionnistes* » opposés par le Professeur Gicquel aux « *révisionnistes* ». Parmi ces « *antirévisionnistes* », l'une des convictions communes est de considérer que les problèmes du régime tiennent moins à la Constitution qu'à la façon dont elle est appliquée. Voir J. Gicquel et L. Sfez, *Problèmes de la réforme de l'Etat en France depuis 1934*, Paris, PUF, 1965, 286 p.

[660] J. Barthélemy, P. Duez, *Traité de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 902 : « *le développement de la presse, de l'instruction, de la démocratie sont des faits dont on n'est pas plus maître que de la révolution des astres ou du cours des saisons* ».

[661] Dans un article publié par Joseph Barthélemy dans les *Mélanges Carré de Malberg* sur la Commission des finances, l'auteur relativise à nouveau l'efficacité du droit d'un point de vue formel, comparé à la pratique et la tradition. A la suite d'une annonce gouvernementale selon laquelle « *le gouvernement s'est déclaré prêt à collaborer avec la Commission des finances dont c'est au droit constitutionnel de discuter les propositions gouvernementales*», Barthélemy entend rappeler que la Constitution est muette s'agissant de ces commissions, qui doivent leur existence légale à un règlement du Sénat. Loin de constituer une fragilité, inscrire clairement dans la Constitution, les relations entre différents organes afin de les pacifier, est manifestement un leurre.
Si certains rouages de l'organisation des pouvoirs publics apparaissent bloqués et ce malgré leur garantie à travers la Constitution, la Commission des Finances, qui doit son existence juridique à une seule résolution, semble plus solidement ancrée dans le paysage institutionnel national. Par delà la résolution, l'institution s'appuie sur une tradition nationale ancienne et ininterrompue. Voir J. Barthélemy, « Le procès de la Commission des finances », *Mélanges Raymond Carré de Malberg*, Paris, Librairie Edouard Duchemin, 1977, p. 243.
Voir par ailleurs la conclusion de Barthélemy sur d'éventuelles réformes relatives aux relations entre le Gouvernement et la Commission des Finances : « *A quoi bon modifier des textes, perfectionner des prescriptions, changer les formes. Ce qui manque c'est l'essentiel, c'est le fond. Il faut un gouvernement qui gouverne. (…) La forme est secondaire. L'essentiel, c'est un gouvernement* ». *Ibid.*, p. 274 ; Voir encore *Ibid.*, p. 246 : « *Mais la Commission des Finances, assise sur une résolution qu'une Chambre à elle seule, peut théoriquement renverser à tout moment, apparaît plus inébranlable qu'une institution garantie par la rigidité constitutionnelle. Elle s'assied, d'ailleurs, sur une tradition ininterrompue qui s'est dessinée sous la première constituante, sous la Législative, et qui a pris sa forme moderne avec le Comité des finances de 48 membres que la Convention se donna par le décret du 7 fructidor an II* ».

[662] *Ibid.*, p. 245 : « *Mais il ne faut pas exagérer les croyances sur la solidité des formes, sur les garanties constitutionnelles, sur les barrières de papier. Le droit de dissolution, organisé par la Constitution, est paralysé ; le droit, qu'elle donne au chef de l'Etat, de demander une nouvelle délibération est mort. Le délai d'un mois qu'elle impartit au Président de la République pour promulguer est couramment violé* ».

On pourrait sans doute trouver dans le fond des réformes proposées, d'autres thèmes allant dans le sens d'une dévalorisation de la notion de Constitution. On se contentera simplement ici, de mentionner un courant favorable et assez marqué en faveur d'un contrôle de constitutionnalité des lois[663]. Précisément, cela revient à défendre l'idée selon laquelle il est nécessaire de mettre en place des mécanismes pouvant faire face aux faiblesses de la Constitution et à sa transgression par les organes constitués.

Ayant pour objet la crise des institutions sous la IIIe République, le vaste débat des années 1930 a surtout été l'occasion par ricochet, de discuter des sources réelles et influentes en droit constitutionnel. En cela, rien d'étonnant : pour traiter le mal, encore faut-il l'identifier.

Section 2/ Une reconsidération des principes généraux du droit constitutionnel à partir des faits politiques au sein des manuels du milieu du XXe siècle

En tirant toute les conséquences de l'évolution du droit positif en France comme à l'étranger, mais également de théories renouvelées et influentes sur les sources du droit constitutionnel, les manuels juridiques proposent une approche théorique actualisée et surtout, plus réaliste.

Pour la plupart, les manuels interrogés dans le cadre de la présente section[664], traduisent ou anticipent[665] le nouveau programme de la licence en droit. Précisément, à l'occasion de la réforme universitaire prévue par un décret du 27 mars 1954, on substitue à la discipline juridique dénommée « *droit constitutionnel* », le nom de « ***Droit constitutionnel et institutions politiques*** »[666]. L'adjonction du terme « *institutions politiques* » implique un élargissement du contenu de la matière. Il ne s'agit plus seulement d'étudier les seules règles juridiques d'encadrement du pouvoir politique, mais il faut également en analyser les

---

[663] Voir sur ce point, S. Pinon, *Les réformistes constitutionnels des années trente. Aux origines de la Ve République*, *op. cit.*, p. 167 et suiv.

[664] Le propos couvre les manuels universitaires publiés dans une tranche générale fixée entre 1930 et 1970.

[665] Notamment, la première édition du *Manuel de droit constitutionnel* de M. Duverger en 1944, qui est assez largement utilisée, et le *Traité de droit constitutionnel* de Joseph Barthélemy et Paul Duez publié en 1926.

[666] Arrêté 8 janvier 1955, JO 8 janvier 1955, p. 376 :
« *Programmes sur lesquels portent les épreuves des examens en vue de la licence en droit.*
1re année, Droit constitutionnel :
1/ Le droit public : son objet, ses différentes branches. L'Etat et le droit.
Le droit constitutionnel : objet et méthode.
2/ Théories générales : modes d'établissement et de modification ou abolition de la Constitution des Etats. Les grands problèmes constitutionnels : structure et pouvoirs des organes de gouvernement ; formes d'Etats et formes politiques ; droits et libertés publiques. Les grands systèmes politiques actuels (Grande Bretagne, Etats-Unis, Suisse, URSS, etc…)
3/ L'évolution des institutions politiques françaises depuis la Révolution.
Le droit constitutionnel de la république française.
L'union française ; structure ; organes centraux ; citoyenneté et droits politiques ».

manifestations réelles[667]. Si les phénomènes juridiques ont une place importante parmi les faits sociaux, ce ne sont pas les seuls. Ainsi, la réforme invite les auteurs de manuels à rapprocher leurs analyses de la réalité des choses.

C'est le sens du nouveau projet méthodologique, tout entier basé sur l'observation. En remplaçant alors, dans le cœur de ses analyses, le droit par l'exercice réel pouvoir, la doctrine ajoute à l'analyse, la réalité politique et de nombreux facteurs qui, à côté du droit, influencent ou restreignent l'exercice du pouvoir dans l'Etat[668] (§1).

Dès lors, on assiste à la promotion voire même à la substitution progressive d'une méthode de science politique à la méthode juridique. De fait, si la plupart des principes traditionnels sont discutés par les constitutionnalistes de l'après-guerre, c'est d'abord la méthode d'élaboration de ces principes qui est visée. Essentiellement, on reproche à l'approche classique (méthode exclusivement juridique, « *a prioriste* » et qui repose sur la logique[669]) son défaut de scientificité dans la mesure où elle ne procède pas de l'observation réelle du phénomène constitutionnel[670]. Finalement, si l'essentiel des principes généraux demeure, leurs justifications et les constructions juridiques qui traditionnellement les fondent, subissent, quant à elles, des mutations. La légitimité d'un principe théorique n'est plus à rechercher dans une doctrine juridique générale et abstraite antérieure, mais davantage reconstruite en prenant

---

[667] Voir par exemple sur ce point, B. Jeanneau, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 6e éd., Paris, Dalloz, 1981, Introduction, p. 1 : « *Le droit constitutionnel et les institutions politiques comprennent donc : et l'étude des règles selon lesquelles s'établit, s'exerce et se transmet le pouvoir politique ; et l'examen du phénomène politique, c'est-à-dire de l'organisation concrète de la société politique, que ces faits soient ou non appréhendés par le droit* ».

[668] G. Burdeau, *Traité de science politique*, 3e éd., t. 5, Paris, LGDJ, 1980, p. 24-25 : « *Apparences constitutionnelles et réalités politiques* ».

[669] Voir, *Supra* Chap. 1.

[670] On reproche à la doctrine classique, notamment Esmein, d'avoir confondu les principes abstraits et les données politiques et d'avoir considéré les constructions théoriques comme des éléments immuables et intangibles, sans prendre en compte la réalité.

Ainsi par exemple, partant d'une certaine conception juridique de la souveraineté nationale, sont déduites une conception juridique de la représentation politique, de l'électorat ou de la séparation des pouvoirs. Par confusion des données juridiques et politiques, ces principes avaient été pris pour des réalités et donc qui devraient déterminer le régime de ces institutions, au lieu d'être envisagés comme de purs éléments d'explication logique des règles dégagées des données politiques.

Au contraire la souveraineté du point de vue politique est le pouvoir suprême reconnu à l'ensemble du peuple, à l'exclusion de toute autre force sociale, c'est à dire en fait, dans la suprématie de l'opinion publique sur tous les organes de l'Etat. Voir par exemple sur ce point, G. Burdeau, « Une survivance : la notion de Constitution », *in L'évolution du droit public, Etudes en l'honneur d'Achille Mestre*, Paris, Sirey, 1956, p. 53 : « ***Les hommes de la Révolution, imprégnés de la philosophie du 18e et juristes pour la plupart, eurent tendance à revêtir la réalité politique du manteau de l'abstraction juridique et en arrivèrent à prendre la forme extérieure pour la réalité. Comme la science du droit public venait de naître, ils prirent les concepts du droit privé*** ». Voir par ailleurs, J. Barthélemy, P. Duez, *Traité de droit constitutionnel*, (1926), Paris, LGDJ, Editions Panthéon Assas, 2004, Préface, p. IX : « *Pourquoi le droit constitutionnel ne serait-il pas une science d'observation, utile et positive ? Le fonctionnement pratique, l'anatomie, mais aussi la physiologie et la pathologie des institutions peuvent être l'objet d'une étude scientifique* ».

en compte l'environnement global d'un Etat et les facteurs réels qui ont impliqué sa consécration. Les principes généraux du droit constitutionnel, durant cette période, sont reconstruits empiriquement (§2).

§1/ Un saisissement plus global et général du phénomène constitutionnel : l'enrichissement de la partie générale des manuels

En acceptant d'aborder de façon réaliste le droit constitutionnel, les juristes des années 1950 parviennent à saisir et surtout à intégrer à la partie générale de leurs manuels, des objets qu'une lecture juridique seule, ne permet pas. En effet en pratique, la doctrine met en avant, beaucoup plus largement, l'influence de données factuelles dans l'analyse du fonctionnement des institutions (A) et parvient à dégager les principes généraux de l'ensemble des régimes en vigueur, qu'ils soient démocratiques ou non[671](B).

A/ La substitution du fait au droit : l'appréhension du « phénomène politique »

Partant d'une définition du droit constitutionnel qui s'attache à titre principal, à décrire la réalité des choses dans sa totalité même non juridique (1), la théorie générale renouvelée accorde davantage d'importance aux faits (2).

1/ Un objet d'étude redéfini : du droit constitutionnel à la science politique

Au moment de définir le droit constitutionnel en introduction de son *Cours de droit constitutionnel* publié pour la première fois en 1944[672], Maurice Duverger oppose une définition matérielle à une définition formelle. Cette dernière, toute entière adossée à la notion de Constitution, signifie que la discipline chargée de l'étudier « *comprend l'ensemble des*

[671] Voir sur ce point, R. De Lacharrière, M. Bouissou, *Droit constitutionnel*, vol. 1, Paris, Les cours de droit, 1970-1971, p. 92 : « *En effet, beaucoup de régimes qui s'écartent de la démocratie libérale classique y font échec par des procédés, tels qu'une dictature de fait ou un système de parti unique, qui laissent subsister la construction constitutionnelle en lui retirant son efficacité. Pour des régimes de cette sorte la constitution n'a plus de valeur déterminante* ».
[672] M. Duverger, *Cours de droit constitutionnel*, Bordeaux, Mollat, 1944-1945, p. 17-18.

règles contenues dans cette « constitution », quelle que soit leur nature et leur objet[673] ». Privilégiant la première définition, Duverger considère que l'objet de son ouvrage est « ***cette branche du droit public qui réglemente l'organisation et le fonctionnement des institutions politiques d'un Etat. Etudier le droit constitutionnel d'un pays, c'est donc en décrire ses institutions politiques***[674] ». Plus précisément, la définition formelle qui fait de la Constitution l'étalon de la discipline, serait trop restrictive pour être retenue. D'abord, considère Duverger, certains Etats n'ont pas de Constitution écrite. C'est le cas de la Grande Bretagne qui a laissé au législateur ordinaire et à la coutume, le soin d'encadrer le pouvoir politique. Ensuite, même pour les Etats qui ont fait le choix d'une Constitution écrite, on trouve dans la loi ordinaire et la coutume, certaines règles relatives aux institutions de l'Etat.

Pour toutes ces raisons, Maurice Duverger élargit l'objet d'analyse en droit constitutionnel et tend également à évoluer dans son raisonnement, en se détachant toujours plus du droit écrit vers les « *faits* ». En 1965 par exemple, il considère que le droit constitutionnel « *devient de moins en moins le droit de la Constitution, pour être de plus en plus le droit des institutions politiques, quelles soient ou non contenues dans le texte de la Constitution*[675] ». Plus précisément, Duverger admet alors une définition large et analytique de la discipline puisque le droit constitutionnel, auquel il préfère dorénavant la notion de « ***droit politique***[676] », désigne « *celui qui étudie l'organisation générale de l'Etat, son régime politique, sa structure gouvernementale. Elections, parlement, ministres, chef du gouvernement, chef de l'Etat, etc. toutes ces institutions politiques forment l'objet du droit constitutionnel*[677] ». Dans le même sens, Jacques Cadart identifie trois objets en droit constitutionnel, objets qui méritent d'être abordés à part égale : « *la société, le pouvoir et le droit*[678] ».

Dès lors, cette branche redéfinie du droit public qui a pour objet les institutions politiques, ne saurait être réduite à la seule étude de la Constitution. Une importance réelle est accordée aux faits[679], en évitant de se borner à l'importance théorique que confèrent les textes juridiques[680].

---

[673] *Ibid.*, p. 17.
[674] *Ibid.*, p. 18.
[675] Voir M. Duverger, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 8e éd., Paris, PUF, 1965, p. 3.
[676] *Ibid.*, p. 3.
[677] *Ibid.*, p. 4.
[678] J. Cadart, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, fascicule I, Paris, Les Cours de droit, 1973, p. 10.
[679] Voir sur ce point, G. Burdeau, « Une survivance : la notion de Constitution », *op. cit.*, p. 53 : « *Le droit constitutionnel en tant que discipline scientifique n'offre à l'examen, que des principes livresques ou des règles dépourvues de toute signification concrète. Il s'agit de décrire la pratique du pouvoir par les institutions. Les seules dispositions des textes constitutionnels ne suffisent pas pour rendre compte du phénomène constitutionnel. La seule analyse des règles juridiques n'est pas suffisante, intérêt de l'histoire, de la pratique, le fait politique.*

Mettant sous tension le droit et la façon dont il est réellement appliqué, cette nouvelle approche de la discipline prétend avec le temps, faire de la science politique et non plus du droit constitutionnel[681]. Sur ce point, Jacques Cadart est très explicite, en ce qu'il énumère les disciplines voisines de la science politique, objet de son cours publié en 1973. Notamment, il considère que le droit constitutionnel est une matière, qui si elle intéresse la science politique, n'en est pas moins qu'un élément moins large et global que cette dernière discipline[682].

De façon appliquée, l'organisation formelle du manuel de Maurice Duverger illustre le tournant empirique enregistré par la discipline et officialisé par la réforme des études universitaires en droit de 1954[683]. Relais entre deux façons de voir le droit constitutionnel, les différentes éditions de son manuel portent les signes d'une évolution progressive vers l'analyse (exclusive) des institutions politiques[684].

Les changements d'intitulés sont d'abord très significatifs. L'initial « *Cours de droit constitutionnel*[685]» publié en 1944, devient « *Manuel de droit constitutionnel et de science*

Etude des faits, sans a priori. (La science politique dit ce qui est, le droit constitutionnel ce qui devrait être). A l'étude des règles selon lesquels se possède, s'exerce et se transmet le pouvoir, étude du phénomène politique, c'est-à-dire de l'organisation concrète de la société politique que celle-ci soit appréhendée par le droit ou pas ».

[680] Voir sur ce point, P. Pactet, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 5e éd., Paris, Masson, 1981, Introduction, p. 8 : « *Il existe dans tous les Etats des règles relatives aux titres des gouvernants, à leur compétences, aux rapports qu'ils entretiennent entre eux et avec les gouvernés, c'est-à-dire précisément aux modalités d'exercice et de transmission du pouvoir. Ces règles présentent un caractère non exclusivement mais principalement juridique. Elles déterminent ce qui devrait être. C'est l'aspect normatif. Mais chacun sait que ce qui existe effectivement n'y correspond pas toujours, ni même souvent. De nombreux facteurs non exclusivement mais principalement politiques viennent perturber les mécanismes prévus. C'est l'aspect pratique. A l'étude du régime qui s'inscrit dans les textes, il faut ajouter celle qui résulte de la vie politique, celle-ci étant, en définitive, plus importante que celle-là. Dans le domaine des institutions, la réalité doit toujours l'emporter sur la théorie, l'existence sur l'essence* ».

[681] M. Prélot, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 5e éd., Paris, Dalloz, 1972, p.45 : « *Selon l'esprit nouveau du titre Institutions politiques, le droit constitutionnel est abordé aussi « du point de vue de la science politique. » L'observation l'emporte sur la déduction, la construction pragmatique sur l'exégèse, l'étude du présent sur celle du passé* ».

[682] Voir J. Cadart, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 70 : « *Elle est donc une science plus large que le droit constitutionnel qui est l'un de ses éléments. Cet élément est d'ailleurs capital : les spécialistes de science politique qui ne sont pas juristes découvrent qu'ils sont absolument contraints d'étudier le droit de manière détaillée au moins dans ses aspects les plus importants pour bien saisir les phénomènes de la science politique* ».

[683] Voir *Supra*.

[684] M. Duverger, *Cours de droit constitutionnel*, Bordeaux, Mollat, 1944-1945, 256 p ; M. Duverger, *Manuel de droit constitutionnel et de science politique*, Paris, PUF, 5e éd. 1948, 403 p. ; M. Duverger, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 6e éd., Paris, PUF, 1955, 651 p. ; M. Duverger, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 8e éd., Paris, PUF, 1965, 767 p. Voir par ailleurs, A. Hauriou, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 4e éd., Paris, Montchrestien, 1970, p. 20 : la science politique consiste à « ***considérer les faits en soi, sans aucun a priori, sans même accorder aux généralisations que l'on peut faire ou aux lois que l'on peut être appelé à formuler d'autre valeur que celles d'hypothèses provisoires et commodes*** » **(…)** « ***La science politique a pour objet d'étude des faits, des phénomènes politiques, en eux-mêmes et pour eux-mêmes. Le droit constitutionnel, l'encadrement juridique des phénomènes politiques. La science politique dit ce qui est, le droit constitutionnel ce qui doit ou devrait être*** ».

[685] M. Duverger, *Cours de droit constitutionnel*, *op. cit.*

politique[686] » en 1948. L'année qui suit la réforme de la matière, il prend le nom de « *Droit constitutionnel et institutions politiques*[687] », pour enfin définitivement s'intituler « *Institutions politiques et droit constitutionnel*[688] ».

Autre changement notable au cours des différentes rééditions du *Cours de droit constitutionnel*, l'évolution de la bibliographie. A partir de l'édition de 1944, les références au *Eléments de droit constitutionnel français et comparé* d'Adhémar Esmein[689], au *Précis de droit constitutionnel* de Maurice Hauriou[690], au *Manuel de droit constitutionnel* de Laferrière[691] ou à la *Contribution à la théorie générale de l'Etat* de Carré de Malberg[692], disparaissent progressivement des indications bibliographiques générales et sont replacés après l'introduction de la première partie dite générale de l'ouvrage.

Enfin, l'intitulé de la partie générale du manuel de Maurice Duverger vient compléter ces modifications dans la forme. La première partie du *Cours de droit constitutionnel* est dénommée « *Théorie générale du droit constitutionnel*[693] » alors que dès 1948, elle prend le nom de « *Théories générales*[694] ». Le manuel « *Droit constitutionnel et institutions politiques* » quant à lui, s'intéresse aux « *éléments des régimes politiques*[695] » et finalement, l'édition « *Institutions politiques et droit constitutionnel* » interroge la « *Théorie générale des régimes politiques*[696] ».

Pour toutes ces raisons, la volonté de s'extraire de la méthode juridique pratiquée jusqu'alors, est manifeste et à défaut d'une synthèse entre deux approches complémentaires[697], c'est

---

686 M. Duverger, *Manuel de droit constitutionnel et de science politique*, *op. cit.*
687 M. Duverger, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, *op. cit.*
688 M. Duverger, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, *op. cit.*
689 A. Esmein, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris, L. Tenin, 2 vol., 1896.
690 M. Hauriou, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, 4e éd., Paris, Sirey, 1938, 336 p.
691 J. Laferrière, *Manuel de droit constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 1943, 895 p.
692 R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat, spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français* (1920), Paris, Dalloz, 2003, 638 p.
693 M. Duverger, *Cours de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 21.
694 M. Duverger, *Manuel de droit constitutionnel et de science politique*, *op. cit.*, p. 31.
695 M. Duverger, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, *op. cit.*, p. 15.
696 M. Duverger, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 11.
697 Voir sur ce point, M. Prélot, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 2e éd., Paris, Dalloz, 1961, p. 39 : « *C'est là un intitulé critiquable puisqu'il laisserait croire que les institutions politiques sont matériellement différentes du droit constitutionnel et réciproquement. Mais le nouveau libellé a l'avantage d'indiquer clairement une double intention : celle d'envisager le droit constitutionnel moins dans ses cadres scripturaires et dans sa logique juridique que dans sa réalité concrète, sociale, politique ; celle de donner aux étudiants une large initiation à la vie publique en France et à l'étranger. Le mot institution répété à dessein dans le titre de tous les cours non économiques – histoire des institutions, institutions judicaires, institutions internationales,*

davantage la confrontation de deux méthodes antagonistes dont l'une doit l'emporter sur l'autre, qui ressort de ces changements. Significatives, ces modifications montrent que les termes « *droit constitutionnel* » et « *institutions politiques* » n'entretiennent pas nécessairement des rapports complémentaires et les auteurs qui utilisent ces termes ont parfois tendance à les dissocier comme symbolisant deux méthodes différentes. Tout se passe comme si le terme « *droit constitutionnel* » porte avec lui l'ancienne méthode juridique et le terme « *institutions politiques* », la méthode nouvelle de science politique[698]. En atteste, la volonté de Duverger de placer en tête de l'intitulé de son manuel, le terme « *d'institutions politiques* » par rapport à celui de « *droit constitutionnel*[699] ». La défense d'une discipline naissante à l'université dans les années 1950 - la science politique [700] - explique pour une large part, cette opposition frontale.

---

institutions financières- se trouve ainsi pris dans son sens pédagogique de formation élémentaire, et dans son sens sociologique de « chose instituée », de création humaine par opposition à ce qui provient de la nature ».

[698] Voir sur ce point B. Jeanneau, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 6e éd., Paris, Dalloz, 1981, Introduction, p. 1 : « *Le constitutionnaliste utilise désormais deux méthodes profondément différentes : la méthode juridique qui consiste à analyser et à expose le droit positif mais aussi à confronter le fait au droit. (...) La méthode juridique a pour but de résoudre un problème de « dogmatique » ou de « casuistique » juridique. La méthode de science politique, elle, s'apparente beaucoup plus à la méthode des sciences de la nature qu'à la méthode juridique. Là où la méthode juridique recourt au raisonnement, à la déduction, la méthode de la science politique fait appel à la constatation, à l'observation pure et simple. Là où la méthode juridique obéit à un système rationnel et logique la méthode de science politique est tributaire des faits et se préoccupe moins de les apprécier que de les expliquer. La première envisage les phénomènes sous l'angle de leur conformité, la seconde sous l'angle de leur causalité* ».

[699] Depuis la réforme du 27 mars 1954 considère Duverger cette opposition signifie « *qu'on met l'accent sur l'organisation concrète et réelle des sociétés, par opposition aux règles juridiques qu'on prétend leur appliquer sans y parvenir totalement. C'est un peu l'opposition du fait et du droit* ». Voir M. Duverger, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 6e éd., *op. cit*., p. 9.

[700] Significative à cet égard, est la remarque de Maurice Duverger à l'occasion de la publication de la sixième édition de son manuel. « *L'esprit général est le même : replacer les problèmes juridiques et constitutionnels sur leur infrastructure politique et sociale, qui les éclaire et les explique. Seulement en 1945 cette tendance était brimée par les programmes officiels ; le mot même de « science politique » faisait sourire : l'auteur devait donc, à son grand regret, placer au second plan des développements qu'il estimait essentiels, afin que son livre soit utilisable par les étudiants. Aujourd'hui les programmes officiels ont changé ; le décret du 27 mars 1954 portant réforme de la licence ouvre devant la science politique les portes des Facultés de Droit ; il oblige lui- même à lier intimement « droit constitutionnel et institutions politiques », suivant le nouveau titre du cours de première année : on peut donc décrire la réalité telle qu'elle est, en la débarrassant des faux problèmes et des questions d'école qui la masquaient plus ou moins jusqu'ici* ». Voir *Manuel de droit constitutionnel et de science politique*, *op. cit*., 5e éd., Avertissement, p. VII.

Il faut encore noter l'apparition de la Revue Française de Science Politique en 1951.

2/ Une appréhension théorique du « fait »

Desserrée de l'étau de la règle juridique, l'analyse du phénomène constitutionnel accorde davantage de développements aux faits et à la pratique. Précisément, dès la préface de la cinquième édition de son ouvrage désormais intitulé « *Manuel de droit constitutionnel et de science politique*[701] », Maurice Duverger considère de façon explicite, qu'il entend se placer davantage sous l'angle politique dans l'analyse du phénomène constitutionnel et s'agissant de l'étude plus particulière des objets constitutionnels, ce sont moins les thèmes consacrés par la constitution en vigueur, que les « *réalités pratiques*[702] », qui intéressent l'auteur. A titre d'exemple, il traite des partis politiques ou du processus électoral alors même qu'ils ne sont pas inscrits dans la Constitution[703].
Par extension, Maurice Duverger s'attache à démontrer que les institutions politiques méritent d'être analysées à part égale, d'un point de vue juridique et sociologique, c'est-à-dire ne pas se contenter du saisissement des institutions par le droit, mais d'interroger également, et ce sont les termes de Duverger, « *les facteurs qui expliquent la genèse des institutions politiques, leur développement, leurs transformations et leur disparition*[704] ». Notamment, les facteurs sociaux ont un poids important dans la morphologie et l'évolution des institutions politiques[705].

En pratique, ce sont trois questions essentielles qui sont traitées par l'auteur dans la partie générale de son ouvrage, questions qui renvoient à l'origine du pouvoir politique, à l'organisation et au fonctionnement des pouvoirs publics et enfin, à leur limitation[706].

Afin de présenter chacun de ces aspects, aucune mention n'est faite d'un quelconque terme juridique. Par exemple, au titre de l'origine du pouvoir politique, la question particulière du

---

[701] M. Duverger, *Manuel de droit constitutionnel et de science politique*, 5e éd., *op. cit.*, préface, p. 5.
[702] *Ibid.* : « *dans l'analyse intérieure de chaque Constitution comme dans la détermination des classifications générales, nous avons moins tenu compte des définitions juridiques que des réalités pratiques* ».
[703] Voir, s'agissant de l'organisation des élections, les modes de scrutin ou les partis politiques, *Ibid.*, p. 42 et suiv.
[704] *Ibid.*, p. 28.
[705] Voir not., A. Hauriou, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 4e éd., Paris, Montchrestien, 1970, p. 56 : « *Ce qui compte, dès lors, ce ne sont plus les théories savantes des publicistes ni la subtilité des agencements de procédures constitutionnelles, c'est l'homme, sa psychologie, sa condition sociale et économique, ses rêves, ses colères et ses illusions, car c'est lui isolément ou intégré aux masses, qui détermine la figure du pouvoir, ses moyens, ses buts* ».
[706] Pour reprendre les termes de Duverger, « *trois grandes catégories de problèmes se posent : 1° Problèmes relatifs au choix des gouvernants d'abord ; 2° problèmes relatifs à la structure du gouvernement ensuite ; 3° problèmes relatifs à la limitation du gouvernement enfin* ». M. Duverger, *Cours de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 21.

choix des gouvernant signifie « *comment vont être désignés les individus qui recevront la charge et le pouvoir de gouverner un Etat ?*[707] ». Celle de la limitation du pouvoir interroge plusieurs aspects : « *faut-il lui reconnaître le droit de tout faire, ou poser au contraire des bornes à son intervention, en assurant aux gouvernés une « zone de liberté » personnelle ? Et si l'on admet le principe de cette limitation du gouvernement, par quels procédés techniques pourra-t-on en assurer le respect ?*[708] ». Enfin, l'analyse de la structure du gouvernement entend montrer qu' « *il n'y a jamais un seul gouvernant, un seul organe gouvernemental, mais plusieurs* » et répond à la question de savoir « *quelle sera la forme de chacun d'eux et les rapports qui les uniront les uns aux autres ?*[709] ».

Ainsi, il est intéressant de constater que, s'agissant de l'appréhension de ces différents thèmes, nulle mention n'est faite du mot « *constitution* », de ceux de « *pouvoirs exécutif ou législatif* », voire de celui de « *séparation des pouvoirs* ». Respectivement et de façon corrélative, Maurice Duverger préfère ceux de « *procédés techniques* » capables de limiter l'exercice du pouvoir ou de « *bornes à son intervention* », de « *gouvernants* » ou « *gouvernement* » et de « *rapports qui uniront les organes gouvernementaux les uns aux autres* ».

Sur ce point également, le chapitre relatif à la « *limitation des gouvernants*[710] » élaboré par Duverger dans son manuel, est éclairant. S'agissant des moyens qui permettent de garantir cette limitation[711], ils se décomposent en deux grandes catégories : le droit et ce que l'éminent auteur qualifie de « *bornes pratiques*[712] ». Plus précisément, à côté de la constitution, les pouvoirs publics peuvent être contraints en fait, dans l'exercice du pouvoir[713]. Si, s'agissant des limitations juridiques, Maurice Duverger accorde autant d'importance à la règle écrite qu'à la coutume, la nouveauté vient surtout, du traitement doctrinal des « *limitations de fait*[714] ». Dès lors, le propos s'intéresse à l'organisation des pouvoirs dans l'Etat (« *la*

---

[707] *Ibid.*
[708] *Ibid.*
[709] *Ibid.*
[710] *Ibid.*, p. 116 et suiv.
[711] L'autre question concerne la question de savoir s'il faut limiter l'action des pouvoirs publics. Maurice Duverger survole cette question qui relève, selon lui, davantage d'un « *problème de philosophie politique.* » *Ibid.*, p. 116.
[712] *Ibid.*
[713] *Ibid.* : « *Ces procédés se classent naturellement en deux grandes catégories. Les uns restreignent l'activité des gouvernants sur le terrain du droit ; ils permettent une limitation juridique des gouvernants : tel est le procédé des constitutions formelles. Les autres posent seulement des bornes pratiques à l'intervention des gouvernants : en droit, ceux-ci peuvent passer outre ; en fait, ils se heurtent à divers obstacles qui les en empêchent* ».
[714] *Ibid.*, p. 128.

désignation démocratique des représentants, la séparation des pouvoirs et la décentralisation administrative[715] »), à « *l'existence de puissances privées*[716] » et à la possibilité pour le peuple, de manifester une résistance à l'oppression[717].

De surcroît, à l'occasion de la cinquième édition de son manuel, ce que Maurice Duverger appelle le « *procédé constitutionnel*[718] », c'est-à-dire la limitation du pouvoir par la constitution écrite, est abordé dans une seconde section à la suite d'une « *théorie générale de la limitation*[719] ». Autrement dit, le constitutionnalisme écrit ne constitue plus pour l'auteur, une technique de limitation générale qui mérite d'être intégrée à la partie théorique sur la limitation du pouvoir des institutions en droit constitutionnel.

B/ Construire une théorie générale de l'ensemble des formes d'organisation du pouvoir politique dans le monde

Le développement de formes alternatives d'organisation du pouvoir politique en Europe et dans le monde, offre à la doctrine du XXe siècle la possibilité d'enrichir l'analyse exclusive de la démocratie libérale classique, par le traitement des régimes qui au contraire, tendent à étouffer la liberté (1) ou qui s'efforcent de penser la démocratie, selon des inspirations et une organisation institutionnelle différentes (2).

Dans la construction intellectuelle, c'est sur la base de l'opposition au « *modèle classique* », que sont le plus souvent élaborés les traits généraux des nouvelles formes constitutionnelles d'organisation du pouvoir[720].

---

[715] *Ibid.*

[716] *Ibid.*, p. 129 : « *Par « puissance privée », nous désignons tous les organismes crées et dirigés par des particuliers, qui sont susceptibles de se dresser contre les gouvernants et d'opposer une digue à leurs interventions. Hier, les féodaux ; aujourd'hui, les associations, les syndicats, les sociétés financières, les trusts, les grands journaux, autant d'obstacles de fait à la toute puissance gouvernementale* ».

[717] *Ibid.*, p. 130 : « *Il s'agit bien d'une limitation de fait et non d'une limitation juridique. La rébellion n'est un droit que sur le terrain du droit idéal : en droit positif, il n'y a pas de droit à l'insurrection, et il ne peut y en avoir* ».

Sur ce point, Georges Burdeau dans son *Traité de science politique*, distingue les sanctions juridiques, de ce qu'il appelle les « *sanctions juridiques inorganisées* », parmi lesquelles on trouve la résistance à l'oppression : « *il s'agit d'amener le remplacement d'une idée de droit périmée par une idée de droit neuve. On conçoit alors que tous les modes de garantie de la légalité joueront au profit de l'idée officielle et des gouvernants en place, alors que les partisans de l'idée nouvelle seront dépourvus de toute procédure organisée pour assurer le succès des théories qu'elles servent* ». Voir G. Burdeau, *Traité de science politique*, 3e éd., t. 4, Paris, LGDJ, 1980, p. 451 et suiv.

[718] M. Duverger, *Manuel de droit constitutionnel et de science politique*, *op. cit.*, p. 170 et suiv.

[719] *Ibid.*

[720] Par ailleurs, cette démarche n'est possible, qu'à partir du moment où la doctrine accepte d'intégrer l'ensemble des facteurs qui ont influence sur la réalité du régime. Il s'agit davantage, à cette époque, d'analyser, non pas

1/ L'intégration des régimes autoritaires à l'analyse générale de l'organisation et du fonctionnement des pouvoirs publics

Les différentes éditions du manuel de Maurice Duverger et les ouvrages publiés après lui[721], déconstruisent l'analogie entre l'étude des différentes réponses institutionnelles aux problèmes généraux d'organisation du pouvoir politique[722] et les règles qui garantissent la liberté politique au sein du régime démocratique[723].

Trois raisons principales, indique Duverger dès la première édition de son ouvrage, justifient un élargissement de la présentation générale des régimes politiques.

La première, largement soulignée, est celle d'un dépassement du lien indéfectible entre le droit constitutionnel et la règle de droit écrit. Appliqué au présent propos, cela permet d'envisager la monarchie et les règles coutumières avant 1789. Précisément, à partir du moment où le droit constitutionnel n'est plus réductible au droit des premières démocraties occidentales et au droit écrit qui naît après les révolutions de la fin du XVIIIe siècle, on peut plus facilement rompre le lien avec la seule étude des règles qui visent à garantir la liberté politique.

---

l'encadrement juridique de l'Etat, mais « *l'organisation politique de l'Etat* », c'est-à-dire l'exercice et le partage du pouvoir dans l'Etat.

Voir sur ce point, G. Burdeau, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 8e éd., Paris, LGDJ, 1959, p.139 : « *Cette conception formelle n'a pas disparu aujourd'hui. Seulement elle n'est plus qu'un élément, parmi d'autres, de la définition du régime. Il faut tenir compte en effet de la structure économique et sociale de l'Etat considéré de l'assise du Pouvoir qui y exercent les gouvernants, des objectifs qu'ils se proposent, des forces dont ils sont tributaires* ». Voir également, R. De Lacharrière, M. Bouissou, *Droit constitutionnel*, vol. 1, Paris, Les cours de droit, 1970-1971, première partie, p. 5.

Enfin, l'ambition de la nouvelle revue « *Pouvoirs* » en 1977, témoigne de l'orientation générale prise par la discipline à cette époque. Voici les premières lignes de présentation de la nouvelle revue : « *Un titre, celui-ci surtout, avec son pluriel singulier, est toujours un manifeste, l'amorce d'un manifeste. Pourquoi avoir placé cette revue sous ce vocable à la fois énigmatique et provoquant ? Les pouvoirs, leurs affrontements, leurs ruses, leurs maladies et leur déclin aussi constituent le champ d'observation que cette revue s'est fixé. Non pour les condamner ou les applaudir, simplement pour les regarder vivre et tenter de comprendre* ».

[721] G. Burdeau, *Cours de droit constitutionnel*, 4e éd., Paris, LGDJ, 1946, 279 p. ; G. Burdeau, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 8e éd., Paris, LGDJ, 1959, 512 p. ; J. Laferrière, *Manuel de droit constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 1943, 895 p. ; M. Prélot, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1948, 606 p. ; M. Prélot, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Dalloz, 1961, 856 p. ; B. Jeanneau, *Mémento de droit constitutionnel et d'institutions politiques*, Paris, Dalloz, 1967, 306 p. ; J. Cadart, *institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, Les cours de droit, 1973, 1525 p. ; A. Hauriou, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 4e éd., Paris, Montchrestien, 1970, 962 p.

[722] Maurice Duverger synthétise la notion de théorie générale du droit constitutionnel à travers la formule suivante : « *les problèmes posés et les solutions possibles* ».

[723] Voir M. Duverger, *Cours de droit constitutionnel*, *op.cit.*, p. 18 : « *La méthode que nous emploierons dans cette étude diffère de celle adoptée généralement, sur un point essentiel. D'ordinaire les Professeurs de droit constitutionnel se placent presque uniquement sur le terrain du régime démocratique : ils ne font guère que la théorie générale de la démocratie et ils ne commencent à examiner l'histoire constitutionnelle de la France qu'à partir de 1789, considéré comme point de départ de son évolution vers ladite démocratie* ».

La seconde, une raison factuelle, est liée au développement substantiel des formes d'organisation du pouvoir politique qui ne consacrent pas la démocratie. En pratique, la chute des régimes fascistes après la Seconde Guerre mondiale, n'empêche pas de constater la réalité de régimes anti-démocratiques, comme l'URSS ou la Chine[724].

La dernière raison, plus intellectuelle, consiste à procéder par comparaison, c'est-à-dire que la singularité et le fonctionnement du régime démocratique apparaissent plus clairement, dès lors qu'ils sont mis en perspective avec d'autres formes d'organisation du pouvoir politique[725]. Plus que sur la seule prise en compte des exceptions au modèle classique général, les auteurs raisonnent alors en termes d'opposition. Au droit constitutionnel classique, s'opposent aujourd'hui d'autres modèles d'organisation du pouvoir politique[726]. Entre autres, le manuel *Droit constitutionnel et institutions politiques* d'André Hauriou, dont la première édition date de 1966[727], présente le droit constitutionnel classique et ses principales institutions, avant de le confronter aux sociétés marxistes, aux régimes fascistes, comme aux

---

[724] Voir sur ce point, M. Duverger, *Cours de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 18-19 : « *La méthode que nous emploierons dans cette étude diffère de celle adoptée généralement sur un point essentiel. D'ordinaire les professeurs de droit constitutionnel se placent presque uniquement sur le terrain du régime démocratique : ils ne font guère que la théorie générale de la démocratie, et ils ne commencent à examiner l'histoire constitutionnelle de la France à partir de 1789, considéré comme point de départ de son évolution vers ladite démocratie. Cette conception nous parait devoir être écartée pour de nombreuses raisons. D'abord, la démocratie n'est pas le seul régime existant dans le monde à l'heure actuelle : même si l'on met à part les dictatures fascistes présentement à l'agonie, on n'oubliera point qu'ils demeure encore des peuples non démocratiques parmi les neutres et même parmi les alliés : ni l'URSS, ni la Chine, par exemple, ne sont des démocraties* (…) ».

[725] *Ibid.* : « *l'originalité et les avantages du régime démocratique ne se peuvent apprécier que par comparaison : or, toute comparaison suppose connue le terme de comparaison* ».

[726] Procédant à des classifications similaires à celles de Duverger, Marcel Prélot distingue dans une partie intitulée « *les institutions gouvernantes* », « *les démocraties, les monocraties, les oligarchies et les régimes mixtes* ». Voir M. Prélot, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 49 et suiv. Voir également, G. Burdeau, *Traité de science politique*, t. 5, *op. cit*., p. 379 et suiv.
Les éditions plus récentes du manuel de M. Duverger présentent toujours chaque régime en comparaison avec le modèle démocratique. Ainsi la 16e édition de 1980 est décomposée en quatre parties : « *Le modèle démocratique, Les démocraties libérales, Les régimes autoritaires capitalistes, Les dictatures socialistes* » . Voir M. Duverger, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 16e éd., t. 1, Paris, PUF, 1982, 603 p. Voir spéc., p. 11 : « *Ce livre décrit les différents systèmes politiques qui fonctionnent aujourd'hui dans le monde. La plupart se réfèrent plus ou moins à un même modèle général, les uns pour l'appliquer, les autres pour se camoufler derrière lui : le modèle démocratique* ». Voir également, *Ibid*., Première partie, p. 39 : « *toutes les nations du monde actuel ne sont pas démocratiques : la plupart sont au contraire des dictatures plus ou moins monolithiques, plus ou moins répressives. Mais toutes se réclament des valeurs démocratiques, se proclament démocratiques, se réfèrent à un même modèle démocratique. Toutes ou presque possèdent des Constitutions, bien que beaucoup de celles- ci soient seulement des Constitutions-programmes. Toutes ou presque recourent au suffrage universel, bien que le vote ne soit pas libre dont le plus grand nombre et consiste seulement dans la ratification obligée de candidats uniques. Toutes ou presque possèdent un Parlement, bien que les députés soient réduits à un rôle faible, sinon nul, dans la plupart des cas. Toutes ou presque ont un système judiciaire formellement indépendant, bien que les juges soient le plus souvent de simples agents du pouvoir* ».

[727] A. Hauriou, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, *op. cit.*, 826 p.

sociétés sous développées[728]. D'ailleurs, le Professeur Jean Gicquel qui assure dorénavant la publication du manuel aux éditions Montchrestien, continue de présenter le droit constitutionnel à partir de cette opposition[729].

Par conséquent, la théorie générale à cette époque, d'abord celle élaborée par Maurice Duverger, s'efforce de reposer sur « *tous les systèmes politiques connus et pratiqués au cours de l'histoire*[730] » et la synthèse de l'observation de l'ensemble de ces régimes[731] permet de dégager deux grandes catégories de régimes qui s'opposent. Dans la conciliation de l'exercice du pouvoir et de la préservation de la liberté, certains régimes sont qualifiés de « *libéraux* » en ce qu'ils tendent toujours à renforcer la liberté des citoyens et à limiter le pouvoir des autorités publiques et d'autres, de régimes « *autoritaires* », dans la mesure où ils privilégient les prérogatives des pouvoirs publics au détriment des libertés individuelles[732].
Dans le fond par exemple, à l'occasion du traitement de la question générale du « *choix des gouvernants*[733] », Duverger recense plusieurs techniques particulières utilisées au cours de l'histoire : « *l'hérédité, l'élection, la cooptation, le tirage au sort ou la conquête*[734] ». L'auteur procède alors à la synthèse de ces procédés pour ne retenir que deux groupes homogènes. Une première catégorie permet la désignation des gouvernants par les citoyens, ce sont les « *procédés démocratiques*[735] » et une seconde catégorie, « *les procédés autocratiques*[736] », laissent les citoyens à l'écart du processus de choix des gouvernants. D'un côté, certaines techniques ont pour objet de contenir et d'affaiblir le pouvoir des gouvernants

---

[728] Le manuel d'André Hauriou est décomposé en trois parties : « *Le droit constitutionnel classique, le droit constitutionnel classique à l'épreuve des mondes nouveaux et les institutions politiques de la France* ». *Ibid*.
[729] J. Gicquel, J-E. Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 20e éd., Paris, Monchrestien, 2005, 790 p. Le plan de l'ouvrage est le même que celui qu'avait retenu André Hauriou à l'occasion de la première édition de son manuel : Première partie : le droit constitutionnel classique ; Titre 1 : Cadres et étapes du droit constitutionnel classique ; Titre 2 : Les institutions politiques des principaux Etats représentatifs du droit constitutionnel classique ; Deuxième partie : Les mondes en voie de démocratisation ; Troisième partie : Les institutions politiques de la France.
[730] M. Duverger, *Cours de droit constitutionnel*, *op.cit.*, p. 19.
[731] Voir également sur cet aspect, G. Burdeau, *Traité de science politique*, t. 5, *op. cit.*, p. 387- 388 : « *l'objet de toute étude objective des formes politiques n'est pas de rapporter à un schéma abstrait la réalité observable, mais de dégager de celle-ci les données qui, présentement et impérieusement, commandent le jeu des forces politiques fût-ce en méconnaissance des systèmes gouvernementaux officiellement consacrés* ».
[732] Voir sur ce point, M. Duverger, *Cours de droit constitutionnel*, *op.cit.*, p. 21.
[733] *Ibid.*, p. 22.
[734] *Ibid.*
[735] *Ibid.*
[736] *Ibid.* : « *Ils ont pour caractère commun de faire échapper le choix de leurs membres à toute action des gouvernés. Les gouvernants se recrutent en quelque sorte « eux-mêmes : d'où le terme d'autocratie. L'autocratie correspond aux doctrines autoritaires : un gouvernement est, en effet, d'autant plus fort que ceux qu'ils gouvernent ont moins de part au choix de ses membres* ».

et de l'autre, l'accès au pouvoir ne comporte pas de contrepoids et accentue l'autorité des gouvernants[737].

C'est donc l'illustration précise d'un raisonnement par opposition, dans la mesure où la conciliation entre la préservation de la liberté et l'exercice du pouvoir est résolue de façon inversée, suivant l'un ou l'autre des régimes : le régime libéral s'efforce de privilégier la liberté politique et le régime autoritaire tend à l'étouffer[738].

2/ Un saisissement général et global de la démocratie « non classique » : l'exemple de « la démocratie marxiste » de Georges Vedel

L'originalité du *Manuel élémentaire de droit constitutionnel* publié par Georges Vedel en 1949, tient à la partie générale de son ouvrage, organisée autour d'un objet précis et singulier, la signification de démocratie[739]. A partir du constat selon lequel la plupart des régimes politiques pratiqués dans le monde se réclament de la démocratie[740], Vedel s'efforce, devant la multitude des régimes prétendus démocratiques, d'interroger les différentes significations de cette forme d'organisation du pouvoir politique[741]. Sur la base d'une méthode qui repose sur l'observation des faits et l'évolution réelle des régimes démocratiques[742], l'auteur parvient

---

[737] *Ibid.* : « *Les premiers correspondent d'une façon générale à la doctrine libérale, car ils affaiblissent l'autorité des gouvernants ; les seconds correspondent, au contraire, à la doctrine autoritaire* ».
Certaines techniques, enfin, peuvent être qualifiées de « *mixtes* », dès lors qu'elles font intervenir le peuple dans la désignation des gouvernants mais ne correspondent pas à une stricte élection. Par exemple, la désignation conjointe de représentants par une assemblée élue par le peuple et une autre qui est composée de membres désignés selon la loi d'hérédité, va en ce sens. *Ibid.* p. 64 : « *Un gouvernement est dit mixte lorsque ces membres sont choisis par des méthodes intermédiaires entre celles de la démocratie et celle de l'autocratie. L'élection n'est pas complètement écartée, comme moyen de désignation des gouvernants, mais elle n'y joue point cependant un rôle exclusif* ».

[738] Cette opposition entre une conception libérale et une conception autoritaire est appliquée de façon homogène par Maurice Duverger, quel que soit son objet d'analyse. A propos, par exemple, de la « *structure du gouvernement* », il relève, qu'au travers de la description des institutions politiques et de leurs tâches respectives, « *dans l'une, comme dans l'autre, nous retrouverons toujours l'opposition entre la conception libérale de l'homme et de la société, qui tend à affaiblir le gouvernement pour protéger la liberté, et la tendance autoritaire, qui renforce le gouvernement pour mieux assurer l'ordre social* ».

[739] G. Vedel, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, (1949), Paris, Dalloz, 2002, 616 p. Voir spéc., préface, p. 1 : « *Si cet ouvrage pouvait se prévaloir d'une originalité quelconque, ce serait d'envisager les problèmes du droit constitutionnel sous l'angle de la signification de la démocratie* ».

[740] *Ibid.*, p. 11 : « *entre tous les principes de gouvernement proposés aux hommes le principe démocratique rencontre apparemment une adhésion unanime. Tous les régimes politiques s'en réclament ou à peu près, et leurs adversaires ne s'en réclament pas moins* ».

[741] *Ibid.* : « *à l'accord verbal sur la démocratie, se superpose un conflit réel sur sa signification* ». Voir par ailleurs, G. Vedel, « Existe-il deux conceptions de la démocratie ? », *in Pages de doctrine*, vol. 1, Paris, LGDJ, 1980, p. 191.

[742] G. Vedel, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, *op.cit.*, p. 12 : « *Pour comprendre la contradiction que l'on vient de rencontrer, le mieux est d'examiner comment dans les faits est née, s'est réalisée et s'incarne actuellement la démocratie* ».

alors à identifier deux conceptions, la « *démocratie classique*[743] » et la « *démocratie marxiste*[744] ». Procédant par comparaison, Georges Vedel met dos à dos ces deux formes de démocratie selon un triple point de vue : « *leurs sources idéologiques, leur développement historique et leur théorie juridique*[745] ».

Connue et largement couverte par la littérature juridique depuis la fin XIXe siècle, la « *démocratie classique* » correspond au mouvement continu des pays occidentaux vers la consécration d'un système politique qui s'efforce d'inscrire l'individu au cœur du fonctionnement des institutions et qui accorde une place importante à la liberté. Dépassant alors cette forme historique de démocratie, Georges Vedel s'attache à conceptualiser un second modèle, « *la démocratie marxiste* ».

Si l'évolution des régimes politiques, relève le Doyen Vedel, est marquée par une progression continue de la liberté politique des citoyens et une participation accrue à l'exercice direct du pouvoir, on assiste à une rupture dans la façon d'organiser la société politique, avec la Révolution russe de 1917[746].

En réalité, les traits de cette acception nouvelle de la démocratie sont antérieurs au début du XXe siècle et Vedel montre que si pendant longtemps on a cru qu'un seul modèle de démocratie était admissible, un courant alternatif existe bel et bien. Il s'est consolidé, pour reprendre les termes de l'éminent auteur, « *en souterrain*[747] ». Par exemple, si la pensée de Jean-Jacques Rousseau a largement contribué à la consécration de l'individualisme libéral traduit dans les constitutions française, anglaise et américaine à la fin du XVIIIe siècle, elle donne également un fondement solide à la « *démocratie absolue*[748] », dès lors que l'addition des individus abandonne totalement leurs droits qu'ils tiennent de la nature, en faveur du peuple souverain. De la même façon, Rousseau exclut le système de la représentation politique dans la mesure où il défend un idéal de participation directe du peuple à l'exercice du pouvoir.

---

[743] *Ibid*., p. 13. En d'autres termes, avec l'apparition et la consolidation du régime soviétique, un second modèle de démocratie, empruntant des soubassements idéologiques et des règles d'organisation pratiques qui s'opposent au modèle libéral et individualiste, peut être identifié.

[744] Sur ce point, Georges Vedel interroge différentes dénominations, dont les oppositions « *démocratie occidentale et orientale* », « *démocratie formelle et démocratie réelle* » ou encore « *démocratie classique et démocratie nouvelle* ». La terminologie « *démocratie marxiste* » est celle qui est retenue dans le plan de son ouvrage. *Ibid*., p. 13. Pour une analyse de la démocratie marxiste, voir le manuel d'André Hauriou, publié en 1966. A. Hauriou, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, *op. cit.*, p. 429 et suiv.

[745] G. Vedel, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, *op. cit*., préface, p. 1.

[746] *Ibid*., p. 12.

[747] *Ibid*., p. 188.

[748] *Ibid*., p. 189.

Plus généralement, c'est au travers de principes généraux que Georges Vedel s'efforce de caractériser la « *démocratie marxiste*[749] ». En effet, c'est une véritable « *théorie générale de la démocratie marxiste*[750] » qui est élaborée et elle est construite selon une double logique. D'abord, il s'agit de montrer, de façon négative, que cette conception de la démocratie ne correspond pas aux principes appliqués à la « *démocratie classique*[751] ». Ensuite et de façon positive, sont développés les principes qui s'appliquent effectivement à la « *démocratie marxiste* ». Sur ce dernier point, c'est sur la base de la philosophie marxiste et des institutions de l'URSS, qu'une « *théorie constitutionnelle marxiste*[752] » est élaborée. Les principes généraux sont au nombre de quatre : « *la primauté des structures économiques-sociales sur les structures politiques, en l'absence de classe la démocratie est une communion, l'indentification entre gouvernants et gouvernés et l'immanence du droit et la société totale*[753]». Le régime socialiste rompt alors avec une vision individualiste, en ce qu'elle n'admet pas la formation des classes et assure une égalité parfaite entre les citoyens. Par ailleurs, c'est dans la société qu'est déterminée la régulation sociale, juridique ou économique. Rien n'échappe, pour le dire différemment, à la sphère de compétence de l'Etat, légitime à s'immiscer dans tous les domaines de la vie en société[754]. Pour cette raison, la démocratie marxiste suppose une identité entre les gouvernants et les gouvernés.

Par conséquent, c'est une « *Théorie Générale à deux têtes* » qui est élaborée au sein du manuel de Georges Vedel. Non seulement elle permet à Georges Vedel de déterminer la signification de la démocratie (d'essayer d'identifier « *la « vraie » conception de la démocratie*[755]»), mais elle lui permet également d'interroger par déduction, l'acception de la démocratie en vigueur dans le droit positif de la IVe République[756].

---

[749] *Ibid*., p. 229.
[750] *Ibid*., p. 229 et suiv.
[751] Sur ce point, sont respectivement envisagés les notions d'Etat, de constitution, le principe démocratique, la séparation des pouvoirs, le bicamérisme et enfin, les droits individuels. *Ibid*.
[752] *Ibid*., p. 233.
[753] *Ibid*., p. 233 et suiv.
[754] Sur la notion de « *société totale* », *Ibid*., p. 238.
[755] *Ibid*., p. 241et suiv.
[756] *Ibid*., deuxième partie, p. 256 et suiv.

§2/ Repenser les soubassements des principes généraux du droit constitutionnel classique

L'observateur qui s'intéresse à l'évolution constitutionnelle depuis la Révolution de 1789 ne peut manquer d'y voir une certaine continuité. En effet, à l'exception de quelques régimes, les principes de souveraineté nationale, de représentation ou le principe de séparation des pouvoirs, constituent entre autres, des rouages essentiels de l'organisation des pouvoirs publics[757]. Imaginés par le pouvoir constituant à la fin du XVIIIe siècle, ils ont été confirmés par les constitutions successives jusqu'à l'époque contemporaine.

Justifiés donc par l'histoire, l'essentiel des principes généraux sont relayés par les manuels publiés au cours du XXe siècle. Simplement, leurs justifications et les constructions juridiques qui traditionnellement les fondent, subissent quant à elles des mutations. Il en résulte un renouvellement des fondements sur lesquels reposent les principes généraux du droit constitutionnel. La justification n'est plus juridique, elle est essentiellement politique et pratique. Plus précisément, la doctrine rejette toute construction imposée de façon *a priori*, toutes les formules métaphysiques et s'efforce toujours de partir des faits et de la réalité avant toute tentative de reconsidération générale[758]. Le terrain d'observation est ainsi dans la réalité de l'exercice du pouvoir et dans l'analyse de la compétition permanente entre les institutions politiques[759].

Sur ce point, la volonté de prendre en compte l'ensemble des facteurs qui a une influence sur l'organisation politique se mesure au sein des manuels, tant au niveau de l'édifice théorique générale (B), qu'au niveau de chaque principe théorique particulier (A).

---

[757] Voir en ce sens, R. De Lacharrière, *Droit constitutionnel*, Paris, Les cours de droit, 1970-1971, Première partie : les principes généraux, p. 92 et suiv.

[758] Voir sur ce point, M. Duverger, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 8e éd., Paris, PUF, 1965, Avertissement, p. V : « *L'orientation fondamentale de ce livre est sociologique et non métaphysique. On ne part pas d'une conception a priori de l'Etat et du gouvernement ; on analyse des faits* ».

[759] *Ibid.*, Avertissement, p. V : « *Cette méthode aboutit à une véritable « démystification ». Elle permet de constater que les institutions politiques font l'objet d'une compétition permanente entre groupes sociaux, d'une lutte constante dont elles sont à la fois les moyens et les enjeux* ».

A/ Libérer les principes de leur fondement juridique traditionnel : le rejet des constructions juridiques a priori

Dans un article intitulé « *Joseph Barthélemy ou la fin de la doctrine constitutionnelle classique*[760] », le Professeur Olivier Beaud entend montrer que le manuel de Joseph Barthélemy et Paul Duez, publié en 1926[761], constitue le point de rupture entre l'approche juridique et l'approche politiste qui s'impose définitivement à partir des années 1950. L'hypothèse retenue est que l'œuvre de Joseph Barthélemy a contribué à la fragilisation de la science constitutionnelle française. Sur ce point, le manuel parviendrait, de façon radicale, à vider les principes de leur fondement théorique et juridique, qui traditionnellement les justifient. Plus précisément, Barthélémy et Duez écartent dans l'analyse des principes libéraux, la philosophie politique traduite dans le droit positif de la période révolutionnaire. Pour cette raison, l'analyse de leur manuel permet de saisir de façon représentative, comment l'ensemble de la doctrine par la suite, justifie l'existence de principes généraux en droit constitutionnel.

Le *Traité de droit constitutionnel* est l'un des premiers manuels à revendiquer l'utilisation d'une méthode d'observation, afin de rendre compte du phénomène constitutionnel de façon scientifique[762]. Néanmoins, alors même que le fil conducteur qui irrigue l'ensemble du manuel vise à favoriser une approche institutionnelle et pratique du droit constitutionnel, les auteurs identifient un certain nombre de principes généraux afin de rendre compte du régime institué par la Constitution de 1875. Précisément, après une introduction sur l'histoire de la Constitution de 1875[763], le *Traité* est composé de deux parties : « *les principes fondamentaux de l'organisation constitutionnelle moderne* » et « *les institutions constitutionnelles de la France*[764] ».

---

[760] O. Beaud, « Joseph Barthélemy ou la fin de la doctrine constitutionnelle classique », *Droits*, 2000, n° 32, p.89.

[761] Voir J. Barthélemy, P. Duez, *Traité de droit constitutionnel* (1926), Paris, LGDJ, Editions Panthéon Assas, 2004, 955 p.

[762] *Ibid*.., Préface de 1926, p. IX : « *Mais encore nous n'avons pas craint, malgré l'opinion de Laband, de compromettre nos robes professorales en étudiant les institutions de l'heure présente, non point comme des abstractions mais comme des réalités vivantes. Pourquoi le droit constitutionnel ne serait-il pas une science d'observation, utile et positive ? Le fonctionnement pratique, l'anatomie, mais aussi la physiologie et la pathologie des institutions peuvent être l'objet d'une étude scientifique* ».

[763] *Ibid.*, p. 6 et suiv.

[764] La première partie du Traité, partie théorique, occupe une place assez minoritaire puisqu'elle ne couvre que 150 pages, là où la description des institutions de la Troisième République occupe les 700 pages restantes. Voir sur ce point, O. Beaud, « Joseph Barthélémy ou la fin de la doctrine constitutionnelle classique », *op. cit.*

Ainsi, relèvent les deux auteurs[765], la IIIe République consacre des institutions qui sont l'application des principes de la démocratie, celui du gouvernement représentatif, la séparation des pouvoirs et la suprématie de la constitution. Plus précisément, si la Constitution en tant que telle, n'évoque aucun de ces principes, les institutions consacrées permettent d'induire qu'elles sont l'application de tels principes[766].

S'agissant du principe de souveraineté nationale par exemple, il demeure à la base de l'organisation politique nationale depuis la Révolution[767]. Conforté dans l'ensemble des constitutions qu'a connues la France[768], la souveraineté nationale est devenue un principe traditionnel, on pourrait dire une règle coutumière[769]. Toujours en vigueur dans le droit positif de la IIIe République[770], ce sont les conséquences institutionnelles qui découlent de l'application du principe de souveraineté nationale[771] qui permettent d'en vérifier la pérennité.

---

[765] Parmi les sources intellectuelles du droit constitutionnel français, relèvent-ils, on trouve la Constitution anglaise et la tradition politique nationale. S'agissant de cette dernière, Barthélémy et Duez partent de la philosophie du XVIIIe et des idées de la Révolution et retracent la pensée politique jusqu'aux lois constitutionnelles de 1875. Voir J. Barthélemy, P. Duez, *Traité de droit constitutionnel*, *op.cit.*, p. 46 : « *la philosophie du XVIIIe siècle a modelé toute notre mentalité politique. Montesquieu avec son esprit des Lois, nous a enseigné la séparation des pouvoirs ; Jean Jacques Rousseau, avec son Contrat social, a pénétré tout notre tempérament politique : il a fourni à peu près tout son mysticisme et sa terminologie à la démocratie. Notre constitutionnalisme est pétri des idées de la Révolution* ».
Ils évoquent ainsi la pensée libérale des années 1830 avec Benjamin Constant, Adolphe Thiers ou François Guizot et surtout, la pensée dite « *néo-libérale* » en faveur de la démocratie et du régime parlementaire diffusée vers 1860. Il s'agit de l'apport de Tocqueville, Proudhon mais également de deux ouvrages qui, selon Barthélémy et Duez, ont eu une influence décisive sur la Constitution à venir, « *Vues sur le gouvernement de la France* » du duc Victor de Broglie et « *La France nouvelle* » de Prévost- Paradol.

[766] Voir J. Barthélémy, P. Duez, *Traité de droit constitutionnel*, *op.cit.*, Première Partie, p. 49 : « *la Constitution de 1875 est une religion sans dogme. Tel est au moins son aspect extérieur. Mais si elle ne proclame aucun principe, elle en consacre dont les institutions positives ne sont que l'application. Ce sont les principes qui se trouvent à la base de l'immense majorité des constructions politiques actuelles. Chez tous les peuples parvenus à un certain stade de civilisation tend, en effet à se dégager un corps de doctrine formant le droit constitutionnel commun ou le droit constitutionnel classique. Il se réalise dans la démocratie libérale et parlementaire laquelle implique, pour son existence, le principe démocratique et le gouvernement représentatif ; pour son organisation, la séparation des pouvoirs et la suprématie de la constitution* ».

[767] *Ibid*., p. 54 : « *Mais le principe démocratique, connu comme machine de guerre contre l'absolutisme royal, va prendre toute son importance dans l'ancienne France, au XVIIIe siècle ; et sous la forme spéciale du principe de la souveraineté nationale, il passera avec la Révolution française dans le droit constitutionnel positif et deviendra progressivement au XIXe et XXe siècle le principe fondamental du droit constitutionnel commun* ».

[768] Ce constat vaut également pour la plupart des Etats européens. *Ibid*., p. 61 : « *Partout, au frontispice des nouvelles constitutions, s'inscrit en un leitmotiv le principe démocratique. Les nouveaux Etats arrivés à la liberté politique à la suite de l'affranchissement national ou de la révolution, sentent la nécessité d'affirmer solennellement la souveraineté du peuple, avant de l'organiser* ».

[769] Voir sur ce point, O. Beaud, « Joseph Barthélemy ou la fin de la doctrine constitutionnelle classique », *op. cit.*, p. 107 et suiv.

[770] Voir J. Barthélemy, P. Duez, *Traité de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 58 : « *Le doute et même la négation pourraient venir de ce que nos lois constitutionnelles de 1875 n'ont nulle part formulé le principe. Mais de ce silence on ne saurait induire qu'elles aient entendu l'écarter* ».

[771] *Ibid*., p. 59-60 : « *Si la Constitution de 1875 ne formule pas de déclaration de principes sur la base et à l'origine des pouvoirs, elle consacre des institutions qui impliquent forcément l'adhésion au principe démocratique* ».

L'origine élective des pouvoirs constitués, l'universalité du suffrage ou la possibilité de recourir à l'avis du peuple en cas de dissolution de la Chambre des députés par le Président de la République, vont en ce sens.

Que penser de ce principe de souveraineté nationale et, surtout, des constructions juridiques qui la justifient ? Plus précisément, que penser de la proposition théorique, née au moment de la Révolution, selon laquelle l'ensemble du pouvoir suprême est détenu par une personne morale appelée Nation, distincte des individus qui la compose, et qui *via* l'élection d'une Assemblée législative, exprime sa volonté à travers la loi ?

Imaginé au moment de la Révolution, le principe de souveraineté nationale permet à cette époque, et il s'agit de la pensée de Barthélemy et Duez, de proposer une alternative à l'ordre ancien. Le pouvoir constituant, en substituant le titulaire de la souveraineté du Roi vers la Nation, entend cet attribut conformément aux doctrines traditionnelles selon lesquelles la souveraineté est la puissance suprême attribuée à une personne physique. Replacé dans son contexte historique, le principe de souveraineté nationale est un principe situé, une construction élaborée pour les besoins du moment[772]. Ainsi circonscrit, la voie est ouverte à un examen critique du principe au XXe siècle, tant du point de vue scientifique que pratique.

Scientifiquement, il apparaît difficile de considérer la Nation, comme une personne susceptible d'exprimer sa volonté propre et de fondre l'ensemble des volontés individuelles en une volonté commune et indépendante. La Nation, personne morale ayant une volonté propre, verse, selon les termes des auteurs du *Traité*, dans « *un dogme indémontré et indémontrable*[773]».

D'ailleurs, la démonstration théorique des bienfaits de la volonté générale est malaisée. Il n'y a dans l'affirmation de la légitimité du plus grand nombre au pouvoir, qu'une affirmation de principe, tout aussi fragile au fond, que celle qui consiste à considérer que le Roi doit décider seul parce qu'il est roi.

Sur le plan pratique enfin, le principe de souveraineté nationale n'aurait finalement que peu d'utilité dans la mesure où il ne suppose pas davantage de conséquences positives que l'exigence plus pragmatique du caractère démocratique d'un régime politique. L'idée selon laquelle il est nécessaire que le plus grand nombre participe au gouvernement dans l'Etat

[772] *Ibid.*, p. 74.
[773] *Ibid.*

suffit et il n'y a aucun intérêt pratique à épauler cet objectif de la fiction de la Nation, personne morale détentrice de la puissance suprême[774].

Ainsi, libérés de la notion juridique de souveraineté nationale, Barthélémy et Duez entendent montrer que l'objectif de participation du plus grand nombre au pouvoir est tiré d'un principe général de démocratie qui n'a pas besoin d'être épaulé de la fiction juridique de souveraineté nationale. Précisément, ils relèvent que « *En définitive, à l'heure actuelle, la raison et la pression des faits s'accordent pour décider que le gouvernement doit être organisé de telle sorte qu'autant que possible, les gouvernés soient en même temps les gouvernants ; il faut alors que le plus grand nombre possible de gouvernés participe le plus directement possible à l'exercice du pouvoir*[775] ». Il s'agit d'une directive idéale et très générale (permettre aux gouvernés de participer le plus possible à l'exercice du pouvoir) qui doit tenir compte de l'aptitude des peuples à se gouverner par eux-mêmes et s'adapter aux caractéristiques singulières de chaque Etat[776].

Il ne s'agit donc pas d'appliquer des principes figés et définitivement fixés depuis la Révolution, mais de tenir compte des justifications sociales, politiques et de l'ensemble des conditions pratiques dans lesquelles les principes sont constitutionnellement consacrés[777]. Pour cette raison, et par extension au principe de souveraineté nationale, à la question classique, dans le cadre d'un système représentatif, de savoir comment s'assurer qu'en confiant à des représentants le soin de parler en son nom, la Nation ne renonce pas à son pouvoir au profit de ses représentants, ce sont des arguments pratiques qui doivent être

---

[774] Pour s'en convaincre, les auteurs relèvent que « *le principe de souveraineté nationale s'accommode de la royauté aussi bien que de la république, du gouvernement représentatif aussi bien que du gouvernement direct, du suffrage censitaire aussi bien que du suffrage universel. L'histoire constitutionnelle française nous offre la plus grande diversité entre des constitutions qui avaient toutes proclamé le principe de la souveraineté nationale* ». *Ibid*., p. 76.

[775] *Ibid*., p. 72.

[776] *Ibid*. : « *L'idéal résultant du principe démocratique, c'est donc la participation directe de tous au gouvernement. Mais il n'y a là qu'un idéal et on sent tout de suite que cet idéal est irréalisable dans son intégralité. Il est peu de principes politiques qui puissent être poussés jusque dans leurs extrêmes conséquences, comme s'il s'agissait de déduction mathématique ; et le principe démocratique ne figure certainement pas parmi ceux- là* ».

[777] C'est un raisonnement similaire qui est appliqué à l'étude de la séparation des pouvoirs : « *La séparation des pouvoirs n'est pas et ne doit pas être autre chose qu'une règle de sagesse politique. Elle a été une formule politique commode inventée ; à un moment donné, pour être opposée à un état de choses fâcheux. Il ne faut donc pas discuter à l'infini sur le point de savoir si, dans la nature des choses, il y a des pouvoirs séparés, s'il en existe deux, trois ou davantage. Il y a des séparés, si le constituant les crée ; il en existe deux, s'il en crée deux ; trois, s'il en crée trois. La séparation des pouvoirs est donc un principe d'art politique qu'on peut ainsi formuler : il est convenable, tant du point de vue du bon fonctionnement des services publics qu'au point de vue du respect par l'Etat des libertés individuelles, que les diverses fonctions étatiques (fonction législative, exécutive, juridictionnelle) soient exercées par des organes distincts et jouissant les uns à l'égard des autres d'une certaine indépendance* ». *Ibid*., p. 138 et suiv.

avancés[778]. Il convient seulement de considérer que le peuple n'est pas à même de gérer lui-même ses affaires propres et qu'il est souhaitable de confier à un gouvernement, la charge d'agir conformément à l'intérêt général. En pratique néanmoins, il faut rapprocher le Parlement et le peuple et s'assurer que l'Assemblée élue ne s'éloigne pas trop de l'opinion publique. Pour ce faire, la technique de la dissolution, la tenue régulière d'élections, la taille du corps électoral et le recours à des techniques de démocratie semi-directe sont autant d'instruments, considèrent Barthélemy et Duez, qui permettent de réduire l'écart entre la Nation et la décision politique.

Dès lors, c'est un équilibre raisonnable qu'il faut rechercher, en tenant compte du degré de développement de l'opinion publique ainsi que de la « *valeur intellectuelle et morale*[779] » du pouvoir législatif. Il ne s'agit pas de résoudre une fois pour toute l'assurance de la participation effective du peuple à l'exercice du pouvoir, mais de tenir compte des circonstances sociales, de lieu ou de temps[780]. Les principes généraux du droit constitutionnel,

---

[778] Deux théories juridiques ont donné une réponse à ces questions : la théorie de la représentation et celle de l'organe.
C'est d'abord la théorie juridique de la représentation qui est rejetée. Traditionnellement dans la doctrine publiciste, on applique la technique de la représentation du droit privé vers l'ordre politique. Ainsi l'ensemble du peuple qui compose la Nation, personne représentée, confie à des individus le soin de la représenter. Ces représentants expriment la volonté du peuple et par l'intermédiaire d'une fiction : tout se passe comme si le peuple était à l'origine de cette volonté. Réfutant l'idée selon laquelle la volonté pourrait être distinguée de la personne qui l'exprime, ce premier fondement est inopérant pour Barthélemy et Duez.
La deuxième alternative est la théorie juridique de l'organe. Ici ce n'est pas du rapport entre deux personnes juridiques distinctes dont il est question, puisque seule une personne existe : la Nation.
Les représentants de la Nation deviennent l'organe de la Nation, par l'intermédiaire duquel cette dernière pourra exprimer la volonté générale. L'organe n'est pas une personne mais uniquement un relais qui permet de matérialiser la volonté propre de la Nation. Une nouvelle fois cette théorie verserait dans l'artifice et comporterait de nombreuses failles : elle présuppose la personnalité juridique de la Nation, elle confond volonté de la Nation et volonté des gouvernants et en ce sens apparaît dangereuse pour la liberté, elle est encore illogique dans la mesure où l'Etat en donnant à l'organe le soin de parler en son nom, le crée mais dans le temps, l'organe c'est-à-dire le gouvernement, est censé constituer l'Etat.
Toutes ces réponses ne sont que des tentatives de solutions juridiques *a priori*. Or la question de la conciliation de l'exigence démocratique avec la technique de la représentation soulève des problèmes pratiques. *Ibid*., p. 88 : « *Avec notre méthode positive et réaliste, ces explications n'ont aucune importance. Et nous les signalons surtout à raison de leur fortune dans l'histoire des doctrines du droit public et de la pensée politique. Pour nous, un gouvernement existe et doit exister ; et il est rationnel que les gouvernés participent en plus grand nombre possible et de la manière la plus directe possible à ce gouvernement ; le principe démocratique n'a pas d'autre sens pour nous* ».

[779] *Ibid*., p. 107.

[780] *Ibid.*, p. 106 : « *Indépendamment de son impuissance avérée à faire rentrer sous la prise de la théorie juridique tous les faits caractéristiques de l'institution – ce qui suffirait à la rejeter – elle* (la méthode juridique) *part d'une conception étriquée : il n'est pas possible, quel que soit le vif désir d'économie juridique de ses tenants, de modeler ainsi la vie publique dans les cadres du droit privé. Les rapports de la vie publique ne sont pas ceux de la vie privée ; ils n'ont ni le même but, ni les mêmes aspects. Dès lors, il est vain de vouloir chercher à appliquer aux premiers les règles qui régissent les seconds. Le faire, c'est se condamner à entrer dans le domaine des fictions* ».

pour synthétiser, sont identifiés par Joseph Barthélémy et Paul Duez, comme des « *principes d'art politique*[781] ».

Finalement, de façon négative, le raisonnement suivi par Barthélémy et Duez rompt avec le fondement traditionnel des principes qui gouverne à la plupart des organisations constitutionnelles libérales, au niveau national comme européen. Détachés du droit traduisant une philosophie politique antérieure, ces mêmes principes doivent être justifiés de façon positive dans la mesure où ils demeurent à la base du droit positif en vigueur. C'est précisément cette reconsidération pratique et empirique des fondements des principes généraux qui est relayée et confirmée par la littérature des années 1950.

B/ La théorie générale des institutions politiques : des principes généraux induits de l'observation réelle du fonctionnement des institutions

Entreprendre une théorie générale en droit constitutionnel, nous dit Maurice Duverger dans son *Cours de droit constitutionnel* de 1945, « ***c'est tenter de définir et classer les différentes formes d'institutions politiques, les différentes formes de gouvernement (ensemble des gouvernants), en montrant les raisons d'être pratiques de chacune d'elles et les circonstances historiques de leur apparition*** [782]». Il s'agit de montrer que les institutions politiques sont déterminées, dans leur généralité et à part égale, compte tenu de leurs raisons d'être pratiques et de leurs conditions historiques d'apparition. Chaque institution est alors discutée par Duverger selon trois angles : un angle théorique, un angle pratique et un angle historique[783]. Dans le même sens, Jacques Cadart entend présenter en 1973, une « *théorie générale du droit constitutionnel et des institutions politiques* » nourrie de l'ensemble des applications pratiques des mécanismes présentés[784].

---

[781] *Ibid*.., p. 107.
[782] M. Duverger, *Cours de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 21.
[783] La cinquième édition du manuel évoque les points de vue « *rationnel, métaphysique et sociologique* ». Voir M. Duverger, *Manuel de droit constitutionnel et de science politique*, *op. cit.*, p. 48 et suiv.
[784] Voir J. Cadart, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, Les cours de droit, Fascicule I, 1973, p. 95 : « *L'expression « théorie générale » est peu satisfaisante mais elle doit être retenue : c'est en effet l'expression habituellement utilisée pour présenter un système logiquement construit. Pourtant il ne s'agit pas d'une présentation théorique sans applications pratiques : il s'agit en fait d'une étude aussi pratique que théorique des principales institutions politiques, de leur fonctionnement et de leurs résultats* ».

Dans le fond et pour ne prendre qu'un exemple, le régime démocratique qui désigne, selon Maurice Duverger, un « *système politique dans lequel les gouvernants sont choisis par les gouvernés*[785] » repose sur ces trois fondements théorique, historique et pratique[786].

D'un point de vue théorique, la démocratie trouve son fondement dans la théorie des Lumières de la souveraineté du peuple, distinguée en souveraineté nationale ou populaire. Pour autant, ce soubassement est très vite relativisé par Maurice Duverger dans la mesure où il s'agit d'une théorie peu satisfaisante d'un point de vue scientifique. Elle est indémontrable et relève davantage de la métaphysique. Aussi, l'auteur préfère insister sur des raisons de logique pour justifier cette forme de gouvernement. Précisément, il suffit de considérer sur ce point, que la participation des citoyens à l'exercice du pouvoir découle des valeurs et de la dignité en chaque individu, confortée par l'idée générale de justice qui permet d'accepter de se soumettre à des règles[787].

Sous l'angle pratique ensuite, quels sont les avantages de la démocratie par rapport à l'autocratie ? D'emblée, relève Duverger, l'autocratie assure un gouvernement fort et elle permet de faire régner un ordre strict. Si la démocratie « *gouverne mal*[788] », entendu dans un sens quantitatif, c'est là la conséquence d'élections trop rapprochées. Il manque, suggère l'auteur, un gouvernement qui dispose d'une autorité suffisante et continue et la périodicité des élections prive cette autorité d'une continuité nécessaire. Les gouvernants sont davantage préoccupés par l'échéance électorale, que par telle ou telle mesure de politique publique. Si elle gouverne mal, c'est donc essentiellement parce qu'elle gouverne peu[789].

Historiquement enfin, la démocratie a régulièrement progressé depuis le XVIIIe siècle. Sur ce point, le propos vise à montrer les mutations liées entre autres, à une prise en charge directe

---

[785] M. Duverger, *Cours de droit constitutionnel*, *op.cit.*, p. 33 et suiv.

[786] C'est la même méthode qui est appliquée à « l'*autocratie* ». *Ibid.*, p. 26 et suiv. : « *Comment s'explique le gouvernement autocratique en général, indépendamment des formes particulières qu'il peut revêtir ? On peut se placer à trois points de vue pour répondre à cette question : théorique, pratique, historique* ».

[787] *Ibid.*, p. 35 : « *Il n'est pas besoin de faire appel à la théorie métaphysique de la souveraineté populaire pour justifier logiquement la démocratie. Il suffit de considérer que l'homme possède en soi une valeur et une dignité qui exigent sa participation active à la direction de la société. La démocratie apparaît ainsi comme un corollaire du principe de la valeur suprême de l'homme, sur le plan social, que nous avons précédemment posé* ».

[788] *Ibid.*

[789] Pour autant, si les gouvernants interviennent peu, ils préservent par voie de conséquence davantage de liberté entre les mains des gouvernés. Maurice Duverger considère que ces deux adjectifs « *mal* » et « *peu* » s'équilibrent pour faire de la démocratie, le régime le mieux à même de préserver les libertés individuelles.

de la part de l'Etat de nombreuses activités, rompant ainsi avec une vision individualiste du monde qui présuppose la volonté de participer au pouvoir politique.
D'ailleurs, s'agissant de l'utilisation de l'histoire au sein des manuels de droit constitutionnel, il convient de souligner que la doctrine constitutionnaliste de l'époque, lui accorde une place importante[790], à la fois comme méthode de connaissance objective des institutions en vigueur[791] et comme matériau d'élévation théorique[792].

Pour ne raisonner qu'au niveau national, c'est l'ensemble des régimes qu'a connu la France, sans distinction aucune, qui trouve une place au sein des manuels. Notamment, l'évolution des institutions politiques nationales doit être envisagée avant la Révolution de 1789[793]. Revalorisant la place de la coutume comme source des règles du droit constitutionnel, les manuels déplacent le curseur de l'histoire constitutionnelle nationale avant 1789 et l'adoption de la première Constitution écrite en 1791. Si les Lois Fondamentales du Royaume sous l'Ancien Régime méritent d'être replacées dans la partie réservée à l'histoire constitutionnelle[794], c'est d'abord parce que l'on a détaché le lien indéfectible entre droit constitutionnel et droit de la Constitution, mais aussi et surtout parce que le recours à l'histoire et son utilisation ne visent plus à légitimer la progression continue vers la démocratie libérale. Par ailleurs, avec la promotion d'une méthode d'observation, le recours à l'histoire détermine une lecture exhaustive des différents problèmes que posent l'organisation des pouvoirs publics et les solutions apportées. Il convient d'accepter la réalité au besoin à

---

[790] Sur le poids de l'histoire dans l'analyse des institutions politiques, voir M. Deslandres, « La crise de la science politique », *RDP*, 1900, p. 457 et suiv.
[791] Voir sur ce point, J. Barthélemy, *Précis de droit constitutionnel*, 4e éd., Paris, Dalloz, 1938, Première partie, p. 3 : « *La Constitution de 1875, sous laquelle la France vit depuis soixante-deux ans, n'est pas un point de départ. Elle est l'aboutissement d'un long effort de doctrine et d'une expérience variée. Qui ignore cette histoire, ne peut comprendre nos institutions* ».
[792] De l'approche doctrinale classique, l'histoire est un moyen et non une fin. Elle vise à conforter l'idée selon laquelle l'organisation constitutionnelle évolue, de façon continue depuis 1789, vers une réalisation aboutie du principe démocratique. L'histoire est une preuve de la progression continue des Etats vers la démocratie. Cette utilisation, voire cette instrumentalisation de l'histoire, permet d'asseoir l'existence de principes généraux fixes et invariables, dans la mesure où en réduisant l'histoire constitutionnelle à une marche continue vers l'idéal démocratique, la doctrine classique a pu relier la réalité à des constructions abstraites.
[793] M. Prélot, *Précis de droit constitutionnel*, 3e éd., Paris, Dalloz, 1955, Introduction, p. 3 : « *L'histoire constitutionnelle commence au moment où naît l'Etat* (…) *Pour la France, ce serait donc à l'orée des temps modernes qu'il conviendrait de fixer le point de départ du droit constitutionnel national. Mais cette date est reculée de plus de deux siècles et demi par la tradition pédagogique qui n'ouvre l'ère constitutionnelle qu'en 1789. Il y a là une manifestation caractéristique de ce « constitutionnalisme » libéral qui, chez nous, a longtemps rétréci le domaine logique des études constitutionnelles.* (…) *Une telle position est aujourd'hui nettement dépassée et la généralisation à toutes les formes politiques du droit constitutionnel devait entraîner comme conséquence l'abolition ou tout au moins l'atténuation, déjà si sensible dans les faits, de la coupure de 1789* ».
[794] Voir sur ce point, M. Duverger, *Cours de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 133 et suiv.

travers ses antagonismes et ses contradictions[795] et c'est désormais toute l'histoire constitutionnelle qui est envisagée, notamment les deux Empires qui ne font plus seulement figure de parenthèse au XIXe siècle. En ce sens, Maurice Duverger par exemple, relève, qu'il entend se libérer de « *l'idée générale communément admise comme base de l'évolution constitutionnelle française, à savoir qu'elle manifeste depuis 1789 un progrès quasi-continu vers la démocratie*[796] ». Davantage, en traitant à part égale, de la Monarchie, de la République ou de l'Empire[797], la couverture réaliste de l'histoire constitutionnelle nationale, caractérisée dans toutes ses vicissitudes et son instabilité, permet une reconsidération théorique de toutes les formes d'organisation du pouvoir politique[798].

S'agissant du second aspect - l'histoire comme moyen d'élévation théorique - le projet méthodologique consiste à distinguer, parmi les antécédents sociaux, ceux qui conservent un caractère circonstanciel de ceux qui semblent capables de se reproduire et qui peuvent ainsi, servir de base à la définition de lois sociologiques véritables[799]. « *Détachées de leurs origines et aboutissant chronologiques* », note Marcel Prélot, « *les catégories juridiques ne sont que des abstractions peu intelligibles. Par contre insérées dans le cours de l'histoire, elles y apparaissent comme les fruits naturels de la terre et du temps, du rôle des grands hommes et du comportement des masses*[800] ». Ainsi, à travers l'observation des faits historiques, les principes essentiels de la discipline apparaissent non plus comme des principes abstraits et

---

[795] *Ibid.*, p. 131 et suiv. « *Notre histoire constitutionnelle ne se déroule point, en réalité, suivant une courbe régulièrement progressive* ».

[796] *Ibid.* Il ajoute : « *Si séduisante qu'apparaisse à première vue cette idée, elle n'en a pas moins l'inconvénient d'être fausse. Ses partisans sont obligés, notamment, de considérer comme des « parenthèses » dont le progrès vers la démocratie les deux Empires, dont la durée totale fut de trente-trois ans, ce qui renouvelle le geste de Louis XVIII, effaçant d'un trait de plume la Révolution et l'Empire, pour dater la Charte de 1814 de la dix-neuvième année de son règne* ». Voir également, M. Prélot, *Précis de droit constitutionnel*, 3e éd., Paris, Dalloz, 1955, p. 3.

[797] M. Duverger, *Cours de droit constitutionnel*, *op.cit.*, p. 131 : « *l'histoire constitutionnelle ne se déroule point, en réalité, suivant une courbe régulièrement progressive* ».

[798] Sur la théorie, voir *Infra*, § 2.

[799] Maurice Duverger parle d'une orientation fondamentale qui se veut sociologique et non métaphysique. Voir M. Duverger, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 6e éd., *op. cit.*, Avertissement p. VII : « *On n'y part pas d'une conception a priori de l'Etat et du gouvernement : on analyse les faits. Par cette analyse, on cherche à préciser les fondements des conceptions de l'Etat et du gouvernement. Cette méthode aboutit à une véritable démystification. Elle permet de constater que les institutions politiques et constitutionnelles font l'objet d'une compétition permanente entre groupes sociaux, d'une lutte constante dont elles sont à la fois les moyens et les enjeux. Si les notions d'Etat défenseur de l'intérêt général, de gouvernement incarnant la volonté nationale correspondent parfois à la réalité, elles sont le plus souvent, au moins en partie, un moyen de dissimuler la domination de certains groupes sur d'autres et de la faire accepter par les membres de ces derniers. Dans ce contexte apparaît la véritable signification des doctrines politiques, des théories juridiques, et des conceptions métaphysiques qui prétendent parfois les fonder : armes utilisées dans des combats politiques et sociaux, qui changent souvent de main d'ailleurs suivant les vicissitudes de la bataille* ».

[800] M. Prélot, *Précis de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 22. Sur la méthode historique, voir également H. Nézard, « De la méthode en droit constitutionnel », *Mélanges R. Carré de Malberg*, Paris, Librairie Edouard Duchemin, 1977, p. 485.

invérifiables en pratique, mais davantage comme le produit naturel des évènements. Ils sont les produits du temps et de facteurs conjoncturels.

Quelques exemples, en dernière analyse, montrent que l'histoire permet de reconstruire la théorie constitutionnelle[801].

La publication de la première édition du *Précis de droit constitutionnel* de Marcel Prélot en 1948 illustre cette méthode[802]. Distinguant très clairement en introduction de son manuel les différentes façons d'appréhender la discipline (le droit constitutionnel national, le droit constitutionnel étranger, l'histoire du droit constitutionnel, le droit constitutionnel comparé ou le droit constitutionnel général), il fait le choix de n'envisager, auprès de ses étudiants de première année de Licence, que le droit français en vigueur et l'histoire constitutionnelle nationale, donc d'écarter le droit constitutionnel général. Si l'on considère traditionnellement que la connaissance des idées générales facilite dans un second temps, l'immersion dans leur application particulière, l'auteur du *Précis* défend une vision inverse. C'est par une connaissance préalable de l'évolution constitutionnelle nationale et du système actuel, que l'on peut ensuite aborder les principes généraux en droit constitutionnel[803]. Pour le dire différemment, ce ne sont pas les principes qui permettent d'appréhender les faits, ce sont les faits qui font les principes.

De la même façon, le manuel *Droit constitutionnel et institutions politiques* d'André Hauriou publié en 1966, privilégie exclusivement une méthode historique pour décrire le droit constitutionnel[804]. Dès l'avertissement de son ouvrage, il considère que seule une méthode

---

[801] Voir sur ce point, O. Beaud, « Joseph Barthélémy ou la fin de la doctrine constitutionnelle classique », *Droits*, 2000, n°32, p. 89.

[802] M. Prélot, *Précis de droit constitutionnel*, *op. cit.*

[803] Cette conviction qui repose sur son expérience d'enseignant lui permet de considérer que démarrer par les principes généraux du droit constitutionnel n'a que peu d'intérêt. « *L'assimilation des pseudo « idées générales » devient un simple exercice de mémoire et, l'un ou l'autre des maillons rompus, l'étudiant s'avère incapable de reconstituer la chaîne d'un raisonnement qui ne repose que sur un verbalisme trompeur* ». *Ibid.*, p. 29.

La réédition du Précis « *Droit constitutionnel et institutions politiques* », consacre au contraire une partie générale intitulée « *Théorie générale des institutions politiques* » en première partie, les deux autres demeurent l'histoire constitutionnelle et le régime actuel. Cette partie générale s'intéresse aux « *institutions – types ayant subi l'épreuve de l'expérience, imitées ou transposées ailleurs avec succès. De ce fait, ces institutions ont acquis une généralité suffisante pour permettre un examen comparé et une classification synthétique* ». Marcel Prélot envisage dès lors trois institutions-types : « *les institutions gouvernantes, les institutions constituantes et les institutions intégrantes et agrégatives* ». Voir M. Prélot, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, *op. cit.*, p. 42 et suiv.

Voir par ailleurs le manuel du Professeur Olivier Duhamel qui suit le même raisonnement en inversant l'ordre traditionnel pour finir par la théorie générale. O. Duhamel, *Droit constitutionnel et politique*, Paris, Editions du Seuil, 1993, 897 p.

[804] A. Hauriou, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Montchrestien, 1966, 826 p.

historique est capable d'embrasser dans sa généralité, l'ensemble des régimes politiques dans le monde[805]. Pour ce faire, l'auteur construit son raisonnement autour du droit constitutionnel classique et du droit constitutionnel à « *l'épreuve des mondes nouveaux*[806] », c'est-à-dire les régimes marxistes, fascistes ou sous développés. Essentiellement, André Hauriou entend insister, à côté des mécanismes juridiques et techniques, sur la traduction, au travers de tel ou tel régime, d'une idéologie et sur l'influence[807] du contexte social, religieux, culturel ou économique propre à chaque Etat[808].

Enfin, l'approche historique retenue par le Professeur Bernard Chantebout dans son manuel intitulé *Droit constitutionnel et science politique*[809] publié en 1979, confirme l'intérêt essentiel de l'histoire en droit constitutionnel. A titre principal, l'auteur pense les principes essentiels de l'organisation des pouvoirs publics[810] en lien avec des facteurs psychologiques, sociaux ou économiques[811]. Par exemple, les principes érigés à la fin de la Révolution sont ceux qui permettent à la bourgeoisie libérale de tenir le peuple à l'écart du pouvoir (technique de la représentation) mais également de neutraliser l'Etat (principe de séparation des pouvoirs).

---

[805] *Ibid.*, Avertissement, p. 1.
[806] *Ibid.*, p. 429 et suiv.
[807] Il en va ainsi de l'unité ethnique, linguistique, du climat tempéré, du niveau culturel, des révolutions techniques ou du poids de la religion, etc. *Ibid.*, p. 63 et suiv.
[808] *Ibid.*, Avertissement, p. 2.
[809] B. Chantebout, *Droit constitutionnel et science politique*, 2e éd., Paris, Economica, 1979, 661 p.
[810] *Ibid.*, Avant-propos, p. VI : « *Quant à l'analyse des concepts fondamentaux qui régissent l'organisation de l'Etat (théorie de la souveraineté et de la représentation, principe de la séparation des pouvoirs…), elle nous a paru devoir s'intégrer dans cette présentation historique parce que la signification concrète de ces concepts varie profondément en fonction des époques et qu'il importait de mettre également ce phénomène en lumière* ».
[811] *Ibid.*, p. 77 : « *La seconde phase* (fin du XIXe siècle) *est marquée par l'avènement du peuple à la vie politique, grâce à la généralisation du droit de suffrage et à la création des partis de masses. Elle se caractérise par une remise en cause, sur le plan pratique, des concepts fondamentaux élaborés au cours de la période antérieure.* (…) *Au cours de la troisième phase, qui s'ouvre au lendemain de la grande crise économique de 1929 et de la guerre mondiale qu'elle a provoquée, les données fondamentales de la vie politique changent de nouveau. Traumatisé par la crise et séduit par les fabuleuses – et peut être fallacieuses – promesses de la société de consommation, le peuple ne demande plus à l'Etat que de maintenir et d'accroître le niveau de vie général* ».

Conclusion du 2nd Chapitre

Si la « *théorie générale* » du début du XXe siècle devient « *théorie générale des institutions* » à partir des années 1950[812], ses éléments constitutifs demeurent, pour l'essentiel, inchangés[813]. Pour ne prendre qu'un exemple significatif de cet aspect, on trouve dans le manuel de *Droit constitutionnel et institutions politiques* de Georges Burdeau[814] publié en 1962, la théorie classique qui associe l'Etat à la nation, la théorie juridique des révolutions, l'opposition entre pouvoir constituant originaire et pouvoirs constitués, l'approche juridique de la souveraineté, le système de la représentation et les conséquences juridique de la représentation, la théorie juridique de la séparation des pouvoirs en préalable à l'analyse des régimes parlementaire et présidentiel, comme autant de principes irrigués par des constructions strictement juridiques[815].

Finalement, les manuels qui ont introduit une « *méthode empirique* » en droit constitutionnel, sont restés prisonniers des principes juridiques forgés à la fin du XIXe siècle. Au fond, la rupture annoncée comporte, pour reprendre les termes du Professeur Jacques Chevallier sur ce point, « *une large part d'artifice*[816] », notamment parce que l'architecture théorique reste

---

[812] Les intitulés changent mais le contenu diffère peu. Par exemple Marcel Prélot traite de la démocratie ou de la séparation des pouvoirs au sein des « *institutions gouvernantes* », de la constitution et du pouvoir constituant dans le chapitre intitulé les « *institutions constituantes* » ou des différentes formes d'Etats au titre des « *institutions intégrantes* ». Voir M. Prélot, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, *op. cit.*

[813] Voir J. Chevallier, « Droit constitutionnel et institutions politiques : les mésaventures d'un couple célèbre », *in La République, Mélanges Pierre Avril*, Paris, Montchestien, 2001, p. 189 : « *les auteurs restent prisonniers des catégories juridiques classiques, véritables prêts à penser institutionnels dont il est difficile de ne pas dépendre, enrichies par la prise en compte de la pratique* ». « *L'innovation essentielle résidera en fin de compte dans la construction d'une nouvelle typologie des régimes politiques (libéraux, autoritaires, totalitaires). La rupture comportait une large part d'artifice* ».
Pour l'illustrer, voir not., G. Burdeau, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 8e éd., Paris, LGDJ, 1959, 512 p ; A. Hauriou, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 4e éd., Paris, Montchrestien, 1970, 962 p. ; G. Vedel, *Cours de droit constitutionnel et d'institutions politiques*, Paris, les cours de droit, 1968- 1969, 660 p.

[814] G. Burdeau, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, *op. cit*. Dans le même sens, voir M. Prélot, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 2e éd., *op. cit.*

[815] Voir G. Burdeau, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 9e éd., Paris, LGDJ, 1962, 570 p. D'ailleurs l'auteur défend une approche qui mêle à la fois la connaissance juridique et celle de la science politique : « *Il serait imprudent d'interpréter nos nouveaux programmes comme impliquant un discrédit des études proprement juridiques. Nous sommes conviés à étendre notre champ de recherche mais non à renier nos préoccupations de juriste. Pour que l'observation de la vie politique ne se disperse pas en un vain papillonnement intellectuel, il est bon de l'ancrer à une base dont la solidité est éprouvée* ». *Ibid.*, p. 6. Il ajoute, le droit « *offre à la recherche un cadre, artificiel peut être, mais indispensable pour éviter qu'elle se perde dans l'inextricable confusion des faits, des croyances et des institutions qui forment la trame de la vie politique. C'est pourquoi toute étude de science politique doit s'adosser à une connaissance juridique. La science ne progresse que par correction. L'étude juridique des institutions procure cette connaissance provisoire, elle n'en interdit pas l'enrichissement ; c'est, comme l'on dit aujourd'hui, une méthode d'approche. A condition de ne pas la tenir pour une fin en soi, je la crois féconde* ».

[816] J. Chevallier, « Droit constitutionnel et institutions politiques : les mésaventures d'un couple célèbre », *op. cit.*, p. 189.

inchangée[817]. A cet égard, l'une des raisons qui peut être avancée pour tenter d'expliquer cette dépendance à l'égard de principes pourtant dénoncés pour l'essentiel, est le maintien d'une analyse qui repose essentiellement sur l'Etat. La plupart des manuels étudiés défendent une conception de la science politique qui se couple avec une science de l'Etat[818] et alors même qu'ils prétendent dépasser la méthode juridique, les principes généraux demeurent.

Dès lors, on peut se demander, en dernière analyse, ce qu'il reste des apports de la science politique au droit constitutionnel ?

Les manuels contemporains ont d'abord intégré l'idée d'une lecture du phénomène constitutionnel à deux degrés, une lecture juridique et une lecture politique. Ils ne s'en tiennent plus à une stricte analyse du texte constitutionnel et s'efforcent d'injecter dans leur raisonnement des facteurs politiques essentiels comme l'influence des partis politiques, mais également des facteurs sociaux ou économiques[819]. Le droit constitutionnel se doit de proposer une grille de lecture plus réaliste du fonctionnement des institutions politiques.

De plus, les régimes constitutionnels non démocratiques - c'est-à-dire la rupture historique du mouvement continu des Etats vers le libéralisme politique - sont aujourd'hui présentés à côté des Etats occidentaux[820]. Très souvent, les manuels traitent des institutions des Etats

---

[817] Le Professeur Chevallier évoque les principes généraux comme des « *prêt-à-penser institutionnels* ». *Ibid*.

[818] Voir à cet égard, J. Cadart, *institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, Les cours de droit, 1973, 1525 p. Le premier chapitre de la « *Théorie générale du droit constitutionnel et des institutions politiques* » est consacré à l'Etat, formes et fonctions, le second à la Constitution de l'Etat, le troisième à la souveraineté, puis la séparation des pouvoirs, etc.

De la même façon, le manuel de Georges Burdeau comprend une première partie intitulée « *L'Etat et son gouvernement* » organisée en trois chapitres : « *Le pouvoir politique dans l'Etat. L'institutionnalisation du pouvoir ; La Constitution ; L'exercice du pouvoir dans l'Etat : les formes de gouvernement* ». Voir G. Burdeau, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, *op. cit.*

Sur la période contemporaine, voir par exemple, Ch. Debbasch, J. Bourdon, J-M. Pontier, J-Cl. Ricci, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 4e éd., Paris, Econmica, 2001, 1033 p. « *Le droit constitutionnel a pour objet l'étude de l'Etat dans ce qu'il est, c'est-à-dire son statut, son organisation, les rapports entre gouvernants et gouvernés* ».

[819] Voir par exemple, Ph. Ardant, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 10e éd., Paris, LGDJ, 1998, p.12 : « *L'activité constitutionnelle doit donc faire l'objet d'une lecture à deux degrés. Au 1er degré, on constate qu'un mécanisme constitutionnel joue et les conséquences juridiques que cela implique : le Président de la République organise un referendum, le peuple sera donc consulté selon les règles prévues. Au 2nd degré, cette procédure est replacée dans son contexte : par ce referendum, le Président souhaite- t –il seulement amender la Constitution ou faire approuver une loi ; au contraire, cherche- t- il avant tout à renforcer son autorité par l'approbation populaire d'une de ses initiatives ? Politiquement, les règles du droit constitutionnel ne sont pas neutres, leur utilisation modifie la situation des acteurs dans la lutte autour du pouvoir* ».

Plus récemment voir l'avant propos au manuel du Professeur Le Pourhier, défendant une analyse réaliste du droit constitutionnel. A-M. Le Pourhiet, *Droit constitutionnel*, Paris, Economica, 2007, 478 p.

[820] Cependant si certains Etats ont pu remettre en cause la propension du droit constitutionnel classique à expliquer tout régime politique, l'échec des Etats socialistes, du Tiers monde et la chute des Etats autoritaires, a permis de croire de nouveau en l'existence d'une organisation standard et universelle. Tout se passe, par la suite, comme si on revenait à la tradition de la fin du XIXe siècle, c'est-à-dire que les principes essentiels de la théorie générale classique retrouvent toute leur pertinence. Surtout, l'évolution du droit constitutionnel en France, compte tenu d'un certain nombre de changements majeurs, revient à l'analyse juridique comme seule méthode

Occidentaux et des autres types d'organisation du pouvoir politique[821], permettant ainsi les comparaisons et classifications des régimes politiques[822].

véritablement adaptée à rendre compte du phénomène constitutionnel. Voir sur ce point, Ch. Debbasch, J. Bourdon, J-M. Pontier, J-Cl. Ricci, *Droit constitutionnel et institutions* politiques, *op. cit.*, 1033 p. A propos de la théorie générale, les auteurs relèvent : « *Exposer la théorie générale du droit constitutionnel revient à faire l'inventaire des constructions juridiques qui caractérisent le droit constitutionnel. Ces constructions juridiques sont le résultat d'un long effort de définition et de formalisation par la doctrine, c'est à dire par des générations successives d'auteurs notamment les professeurs de facultés de droit qui ont étudié le droit constitutionnel. Elles présentent une grande cohérence (…) Le droit constitutionnel qui est décrit est d'abord le droit constitutionnel français. Mais un certain nombre de formules sont communes à tous les pays occidentaux et forment le droit constitutionnel classique. Ce droit a été, un temps contesté par les Etats socialistes et par les Etats du Tiers Monde, il tend cependant, selon certain auteurs, à devenir une sorte de Vulgate appliqué dans l'ensemble de l'univers, dans la mesure où ces Etats n'ont pas réussi à élaborer une théorie du droit constitutionnel substantiellement originale, ou conceptuellement convaincante ou, tout simplement, praticable* ».

[821] Très souvent aujourd'hui, les manuels sont organisés autour de quatre parties : théorie générale, institutions politiques étrangères, histoire constitutionnelle française et institutions politiques actuelles. Voir sur ce point, L. Favoreu, « Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit », *RFDC*, 1990, p. 74 : « *C'est l'objet traditionnel du droit constitutionnel en France depuis la dernière guerre : la description des institutions politiques, qui comprend quatre parties, à savoir la théorie générale, les institutions politiques étrangères, l'histoire des institutions politiques françaises et les institutions politiques de la Ve République* ».

[822] Sur la naissance du comparatisme et les systèmes classificatoires en droit constitutionnel, voir D-L Seiler, *La méthode comparative en science politique*, Paris, Dalloz, 2004, 264 p. Par ailleurs, voir J. Blondel, « Le comparatisme », *in* M. Grawitz, J. Leca, *Traité de science politique*, vol. 2, Paris, PUF, 1985, p. 9 : « *Parce que le droit est une science déductive, qui tente d'organiser la réalité, de manière normative, à partir de certains principes, le constitutionnalisme comparé se trouvait aussi être une approche déductive permettant de définir d'abord une architecture d'ensemble et de remplir ensuite les détails institutionnels à partir de ce schéma d'ensemble* ».

Conclusion du Titre 1er

En 1950, André Mathiot s'intéresse aux principes juridiques qui ont irrigué le droit constitutionnel jusque dans l'entre-deux-guerres[823] et suggère de s'interroger sur la pertinence de ces instruments pour expliquer la réalité du phénomène constitutionnel[824]. Ce sont ainsi cinq grands principes qui sont évalués : la théorie des constitutions écrites, le principe de souveraineté nationale, le principe du gouvernement représentatif, le principe de séparation des pouvoirs et enfin, le libéralisme politique, c'est-à-dire la garantie des droits individuels. Pour lui, l'ensemble de ces principes ne permet plus d'expliquer la réalité du phénomène constitutionnel. Conformes à la conception révolutionnaire, les principes ne permettent plus de rendre compte de l'organisation constitutionnelle en vigueur, notamment parce qu'ils sont démentis ou déformés[825]. Il relève alors, au terme de son analyse, que « *le moment est venu de refaire la théorie du régime politique français : les outres vieilles conviennent mal au vin nouveau*[826] ». Pourtant, ce constat général de l'inadaptation de la théorie classique et des principes qui la composent n'a pas été un facteur suffisant pour une remise en cause profonde des instruments théoriques d'appréhension du droit constitutionnel. Davantage, l'abandon d'une « *méthode conceptuelle* » au profit de l'application par la doctrine d'une « *méthode empirique* » n'a pas permis un renouvellement des principes généraux du droit constitutionnel.

En s'efforçant de prendre en compte de l'ensemble des facteurs qui permettent de rendre compte, de façon effective, des ressorts du régime en vigueur, les manuels attribuent aux principes généraux du droit constitutionnel, un fondement plus réaliste et procède par induction à partir de l'observation du fonctionnement des institutions. Ces principes ne sont

---

[823] A. Mathiot, « Agonie de quelques vieux principes », *in Pages de doctrine*, Paris, LGDJ, 1980, p. 81.

[824] *Ibid.* : « *L'observateur de la vie politique ne peut se dispenser d'évaluer les théories juridiques et il doit à chaque moment se demander si les constructions savantes et traditionnellement respectées conservent leur solidité, si leur façade apparemment inchangée convient encore au vieil édifice. S'il n'en est pas ainsi, le droit constitutionnel inadapté et, par là même, destiné à la ruine, doit être présenté sous son véritable aspect : le réalisme interdit de parler de principes positifs en présence de théories qui déjà appartiennent à l'histoire* ». (…) « *Le droit constitutionnel français doit être reconstruit à partir d'une analyse renouvelée dès lors que l'on constate – et les faits y obligent – que les théories traditionnelles n'ont plus désormais qu'un rapport lointain avec la vie politique* ».

[825] Sur la théorie des Constitutions écrites par exemple, André Mathiot considère que de la volonté d'une primauté de la Constitution sur l'action des pouvoirs constitués, le pouvoir constituant n'a jamais vraiment tiré toutes les conséquences en l'absence d'un organe chargé de se prononcer sur la conformité des lois à la Constitution. Parallèlement, la rigidité de la Constitution est relative dans la mesure où la procédure de révision fut assouplie, rapprochant de fait la procédure de révision de la loi ordinaire et celle de la loi constitutionnelle. *Ibid.*, p. 82 et suiv.

[826] *Ibid.*, p.92.

plus « *donnés* » à l'observateur du phénomène constitutionnel, mais « *construits* » à l'issu d'un travail d'analyse de la réalité. Puisés dans l'histoire constitutionnelle nationale et justifiés par des nécessités pratiques, les principes s'imposent du fait de leur continuité dans le temps.

Dès lors, ce n'est pas tant un désaccord profond avec les juristes de la première génération sur les différents principes qui forment la base des différents régimes constitutionnels nationaux qui est mis en lumière, qu'un refus de la méthode juridique. Il faut se garder d'ériger les principes de 1791 en dogmes et y voir davantage des directions plus ou moins réalisées compte tenu du milieu social, politique et des nécessités du moment. Néanmoins, mêmes reconstruits dans leur positivité, les principes classiques demeurent opératoires pour rendre compte du droit constitutionnel français contemporain. Construits à partir de « *méthodes conceptuelles* » ou à partir de « *méthodes empiriques* », les principes généraux du droit constitutionnel traversent les régimes constitutionnels jusqu'au droit de la Ve République.

Titre 2/ De « l'empirisme juridique » à la confirmation des principes généraux élaborés à la fin du XIXe siècle dans les manuels de droit constitutionnel contemporains

La poursuite de l'évolution chronologique du droit constitutionnel en parallèle de l'analyse doctrinale, permet de constater qu'à partir des années 1970, c'est de nouveau la constitution qui est considérée comme la source essentielle en droit constitutionnel et avec elle, une méthode juridique comme seule pertinente pour analyser le droit. Davantage, c'est à cette époque, en France, que le positivisme juridique, entendu comme courant doctrinal, propose les éléments d'une méthode qui serait la seule capable de rendre compte de l'objet « *droit* » de façon scientifique. Précisément, élaborée conformément aux sciences de la nature, la science positiviste permet alors de retranscrire au travers de principes généraux, la réalité du droit telle qu'elle est véritablement. Avec le positivisme juridique, le fondement des principes généraux n'est alors plus à rechercher dans la pratique réelle de l'exercice du pouvoir comme ce fut le cas dans les années 1950, pas plus que dans l'héritage libéral de la période révolutionnaire de 1789 conformément à la démarche de la doctrine classique du début du XXe siècle. Il est exclusivement dans la règle de droit en vigueur.

Par conséquent, une nouvelle méthode empirique, un « *empirisme juridique*[827] », tend à renouveler l'approche théorique et les principes généraux, là où un « *empirisme politique* » n'a pas véritablement permis ce renouvellement. Sur ce point, la critique majeure, formulée par les tenants d'une méthode positiviste, est une méconnaissance du rôle premier de toute réflexion théorique sur l'objet « *droit* » et qui consiste à décrire cet objet de façon objective. La théorie constitutionnelle aurait confondu « *l'être* » avec le « *devoir être* » et aurait versé dans la prescription au lieu de s'en tenir à la description[828]. Pour le dire différemment, les principes généraux identifiés par la doctrine ne correspondraient pas à ceux effectivement consacrés au sein d'une constitution (Chapitre 1). Néanmoins, si une nouvelle « *méthode empirique* » apparue en lien avec l'évolution du droit constitutionnel, s'est efforcée de démontrer la caducité de tels principes et de proposer des éléments propres à une reconsidération des principes, la fin du XXe siècle symbolise pourtant le maintien des principes généraux du droit constitutionnel hérités de la période classique. (Chapitre 2).

---

[827] Voir sur ce point, M. Troper, *Le positivisme juridique*, *in* M. Troper, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, Paris, PUF, 1994, p. 27 : « *La science du droit appartient au groupe des sciences empiriques. Elle a pour fonction de décrire son objet par des propositions vraies* ».

[828] Voir not. M. Troper, « La théorie dans l'enseignement du droit constitutionnel », *RDP*, 1984, p. 263 ; M. Troper, « Les classifications en droit constitutionnel », *RDP*, 1989, p. 945 ; D. Baranger, « Les Constitutions de Michel Troper », *Droits*, 2003, p. 123.

Chapitre 1/ La constitution est la concrétisation pratique des principes généraux du droit constitutionnel : « l'empirisme juridique »

L'évolution générale du droit constitutionnel à l'heure présente, relève le manuel *Droit constitutionnel* dirigé par Louis Favoreu, conduit tout à la fois à « *la désacralisation de la loi, l'expansion des constitutions et du constitutionnalisme, la diffusion internationale de l'idéologie des droits de l'homme et l'apparition de la justice constitutionnelle*[829] ». Rassemblés, les traits caractéristiques du droit constitutionnel contemporain renvoient tous, explicitement ou de façon plus indirecte, à une revalorisation manifeste du droit écrit et plus particulièrement de la notion de constitution. Précisément, à côté de l'expansion des constitutions et de l'apparition de la justice constitutionnelle, les deux autres tendances soulignées dans le manuel, démontrent également que le droit écrit apparait de nouveau, comme la source essentielle de la discipline. Ainsi « *la désacralisation de la loi* » est liée à l'admission d'un contrôle de constitutionnalité qui permet d'imposer aux pouvoirs publics, le respect de la constitution et « *la diffusion internationale des droits de l'homme* » suggère pour partie, que ces droits sont protégés de façon plus systématique, par des textes nationaux ou internationaux.

Par conséquent, les mutations contemporaines du droit invitent de nouveau la doctrine, à adapter ses méthodes d'analyses dans le sens d'une « *méthode positiviste* » dans l'élaboration des principes généraux du droit constitutionnel (Section 1). Plus précisément, le positivisme juridique lie le processus de conceptualisation et la viabilité des principes généraux, à la retranscription du droit tel qu'il est. Sur ce dernier point pourtant, l'analyse doctrinale suggère une part importante de construction dans la mesure où le plus souvent, une constitution correspond davantage à une « *règle juridique empirique* » (Section 2).

[829] L. Favoreu et *alii*, *Droit constitutionnel*, 6e éd., Paris, Dalloz, 2003, p. 19 et suiv.

Section 1/ Du rapport entre le droit et les principes qui permettent de rendre compte du droit : retranscrire fidèlement le droit positif en vigueur

Redéfini d'un point de vue formel[830], le droit constitutionnel doit dorénavant être analysé à partir du droit contenu au sein de la Constitution. Sur ce point, les partisans du courant positiviste vont encore plus loin, en ce qu'ils considèrent que la doctrine doit s'efforcer de retranscrire la stricte réalité du droit positif sauf à verser dans une démarche qui ne peut être considérée comme scientifique (§1).

Sur la base de ce rapport d'adéquation entre le droit et les principes doctrinaux[831], il apparaît alors intéressant d'interroger la méthode d'élaboration des constitutions. Plus précisément, il s'agit d'essayer de déterminer dans quelle mesure le pouvoir constituant s'efforce de consacrer dans le droit, des institutions qui sont la conséquence de principes juridiques connus du droit constitutionnel. Cette démarche, identifier la part « *d'empirisme* » et de « *conceptualisme* » dans l'élaboration d'une constitution, suppose d'interroger l'histoire et de s'appuyer sur les théories construites à partir des premiers textes constitutionnels. Ainsi, alors que l'étude se trouve à présent dans l'analyse du droit constitutionnel contemporain et a toujours respecté une logique chronologique, il s'agit, le temps de cette démonstration, de s'appuyer de nouveau sur les enseignements tirés de la naissance du constitutionnalisme écrit (§2).

§1/ La consécration d'une méthode juridique positiviste en droit constitutionnel contemporain

A partir du moment où les sources du droit constitutionnel sont ramenées aux seules règles de droit (A), on assiste à la promotion d'un courant doctrinal positiviste. Dans le cadre de la présente étude, l'intérêt essentiel du positivisme juridique, entendu comme une méthode scientifique, est de déterminer comment la doctrine doit procéder afin de rendre compte de rendre compte de l'objet droit, d'une façon plus générale et abstraite (B).

---

[830] Voir, sur ce point, F. Luchaire, « De la méthode en droit constitutionnel », *RDP*, 1981, p. 312. Défendant une définition formelle du droit constitutionnel, il relève : « *Il n'est pas possible de donner une définition matérielle du droit constitutionnel français et cela pour une raison bien simple ; ce droit se compose de normes qui se caractérisent, non par la matière sur laquelle elles portent, mais par leur suprématie sur toutes les autres normes juridiques, du moins dans l'ordre interne français ; n'étant limité par rien, les normes constitutionnelles peuvent pénétrer en toute matière* ».

[831] Voir M. Troper, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, th., Paris, LGDJ, 1980, p. 11. Le Professeur Troper parle sur ce point, de « *principes d'interprétation du droit positif* ».

A/ L'autorité retrouvée d'une « définition formaliste » du droit constitutionnel : les sources réelles sont celles effectivement sanctionnées

Alors que le droit constitutionnel est analysé au travers d'une méthode de science politique, un facteur essentiel va contribuer à la remplacer par une méthode strictement juridique autour des années 1980[832] : la création du Conseil constitutionnel en 1958, couplée à un accroissement sensible de son rôle en 1971[833]. Plus précisément, en confiant au Conseil la compétence pour imposer au législateur le respect de la Constitution, le régime institué en 1958 implique que les sources réelles du droit constitutionnel sont désormais exclusivement, celles qui sont effectivement sanctionnées[834]. Dorénavant ainsi, le juge constitutionnel peut contraindre l'activité des pouvoirs publics au respect du droit[835].

La nouvelle définition du droit constitutionnel, celle qui apparait par exemple lors de l'édition de 1987 du manuel *Institutions politiques et droit constitutionnel* de Marcel Prélot[836], symbolise un véritable passage de témoin entre deux façons distinctes d'appréhender le droit constitutionnel. L'analyse du droit constitutionnel (« *discipline juridique*[837] »), note Jean

[832] Le professeur Beaud, s'agissant de l'évolution de la discipline, parle d'un « *mouvement de balancier* » entre le droit et la science politique. Voir O. Beaud, « Constitution et droit constitutionnel », *in* D. Alland, S. Rials (Dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, LAMY, 2003, 1649 p. Pour un aperçu général du tournant entre science politique et la science juridique, voir B. François, « Le juge, le droit et la politique : éléments d'une analyse politiste », *RFDC*, 1990, p. 49 et suiv. Voir également, l'article du Professeur Avril dont le titre est assez évocateur : P. Avril, « Une revanche du droit constitutionnel ? », *Pouvoirs*, 1989, n° 49, p. 5 et suiv. ; Y. Poirmeur, « Thèmes et débats autour du constitutionnalisme ? », *in* CURAPP, *Droit et politique*, Paris, PUF, 1993, p. 13 et suiv.
S'agissant des manuels, voir C. Leclecq, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 5e éd., Paris, Litec, 1987, p. 11 et suiv.

[833] C'est-à-dire depuis la décision du 16 juillet 1971 au terme de laquelle, le Conseil constitutionnel s'est déclaré compétent pour apprécier la constitutionnalité d'une loi sur la base de la constitution, mais aussi de son Préambule. Voir C. Constit., n° 71- 44 DC du 16 juillet 1971, *Liberté d'association*, Rec., p. 29.

[834] Pour le dire différemment, là où on a cru que la pratique politique débordait de toute part le droit, notamment parce que les règles n'étaient pas nécessairement respectées ou que la soumission des pouvoirs publics au respect de la règle relevait de facteurs non juridiques, l'institution du Conseil constitutionnel en 1958 implique une efficacité retrouvée.

[835] Effectivement, mettant sous tension le droit et la façon dont il est réellement appliqué, l'approche politiste de la discipline renvoie en filigrane, à la question de savoir si le droit constitutionnel est vraiment du droit. Défini comme « *l'ensemble des règles de conduite socialement édictées et sanctionnées, qui s'imposent aux membres de la société*» (*in* G. Cornu (Dir.), *Vocabulaire juridique*, 6e éd., Paris, PUF, 2004, p. 328) , le droit suppose des règles qui sont effectivement sanctionnées, c'est-à-dire dont l'application est assurée le cas échéant par la contrainte. Cette contrainte sera assurée selon les cas par la force publique ou par le juge. Or pour ce qui est du droit constitutionnel et avant la création d'un juge constitutionnel, la méconnaissance des dispositions constitutionnelles n'implique pas à proprement parler de sanction. Sur cette question, voir A. Hauriou, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 4e éd., Paris, Montchrestien, 1970, p. 16 et suiv.

[836] M. Prélot, J. Boulouis, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 10e éd., Paris, Dalloz, 1987, p. 35 et suiv.

[837] *Ibid*., p. 35.

Boulouis chargé de la réédition du manuel, doit procéder d'une méthode strictement juridique et doit être distinguée de la méthode pratiquée en science politique[838].

En pratique, la doctrine s'attache à redéfinir les sources du droit constitutionnel autour de la seule constitution et dans ce cadre, commence à faire de la jurisprudence, un objet d'étude de premier plan.

D'une façon générale, les sources du droit constitutionnel sont aujourd'hui identifiées à partir d'un critère formel. Sur ce point, plusieurs articles publiés dans les années 1970 reviennent sur le statut du droit non écrit et notamment de la coutume sous la Ve République. Alors que la coutume est considérée jusqu'alors comme une source du droit constitutionnel à part entière[839], une partie de la doctrine remet dorénavant en cause, ce statut. Plus précisément, il s'agit de démontrer[840], avec « *la rigueur juridique la plus exigeante*[841]», que la coutume, opposée au droit écrit[842], ne peut pas être considérée comme une règle de droit[843].

Par exemple, le Professeur Jacques Chevallier relève, dans un article publié en 1970, que les caractéristiques du droit constitutionnel de la Ve République « *rendent difficile la consécration du phénomène coutumier*[844] ». Il précise que « *ces obstacles tendent à devenir insurmontables lorsqu'on se trouve en face de Constitutions écrites et rigides. Alors, en effet, les fondements théoriques paraissent interdire de recourir à la coutume, même en tant que source annexe du droit constitutionnel*[845] ».

---

[838] *Ibid*., p. 35-36 : « *il s'agit d'une discipline juridique, ce qui impose une méthode qui est celle du droit. En cela, le droit constitutionnel se distingue et doit continuer à être distingué de la science politique dont l'objet, la démarche intellectuelle et les méthodes sont différentes. Que les phénomènes considérés soient les mêmes – aussi bien l'autorité que la liberté – n'autorise pas une confusion des genres dont l'expérience a désormais prouvé, s'il en était besoin, qu'elle n'est profitable à aucune des deux disciplines, l'une y perdant en rigueur ce que l'autre n'a pas gagné en certitude* (…) *c'est dans l'existence du droit constitutionnel et dans la sanction attachée à sa nature que les hommes trouvent la justification de leur obéissance civile et la garantie de leur liberté* ».

[839] Voir sur ce point, *Supra*, titre 1/ chapitre 2.

[840] Pour une opinion contraire, voir D. Levy, « De l'idée de coutume constitutionnelle à l'esquisse d'une théorie des sources du droit constitutionnel et de leur sanction », *Recueil d'études en l'honneur de Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1975, p. 81. Voir également, pour une analyse ultérieure, P. Avril, « Une « survivance » : le droit constitutionnel non écrit ? », *in Droit et politique à la croisée des cultures, Mélanges Philippe Ardant*, Paris, LGDJ, 1999, p. 3.

[841] D. Levy, « De l'idée de coutume constitutionnelle à l'esquisse d'une théorie des sources du droit constitutionnel et de leur sanction », *op. cit.*, p. 81.

[842] Voir, sur ce point, J-C. Maestre, « A propos des coutumes et des pratiques constitutionnelles : l'utilité des constitutions », *RDP*, 1973, p. 1279 : « *Les auteurs qui refusent à une coutume une force constituante mettent l'accent sur le caractère de norme suprême que revêt la Constitution* ».

[843] *Ibid*., p. 1275 : « *Notre point de vue est différent. Il n'existe pas de coutume constitutionnelle ; elle est indémontrable. Il n'y a que des pratiques constitutionnelles que tout régime politique sécrète* ». Voir également, F. Luchaire, « De la méthode en droit constitutionnel », *RDP*, 1981, p. 286 : « *Le droit constitutionnel français ignore donc la coutume comme source de norme constitutionnelle* ».

[844] J. Chevallier, « La coutume et le droit constitutionnel français », *RDP*, 1970, p. 1379.

[845] *Ibid*., p. 1379.

Raisonnant sur la base du droit en vigueur, le Professeur Chevallier étaye cette thèse avec deux arguments essentiels.

D'abord, les éléments constitutifs qui permettent de constater l'existence d'une coutume n'ont jamais été véritablement réunis sous la Ve République[846]. Sur ce point, il relève que les usages formés dans la pratique du régime, n'ont pas les caractères de répétition dans le temps et de stabilité, propres à l'identification de la coutume[847]. Surtout, l'auteur considère qu'il manque l'existence d'une sanction juridique en cas de méconnaissance de ces pratiques institutionnelles, que seul aujourd'hui le Conseil constitutionnel peut garantir[848]. Ainsi, s'agissant de ce premier aspect, il vise à montrer que le droit constitutionnel de la Ve République, droit identifié par un critère formel, n'a jamais permis la création de coutume[849].

Ensuite et il s'agit d'un second argument qui fait appel cette fois à la théorie constitutionnelle, la coutume aurait, pour le Professeur Chevallier, une « *valeur juridique nulle*[850] ». Qu'il s'agisse de pratiques contraires ou de pratiques en conformité avec la Constitution, la théorie du constitutionnalisme écrit empêche de leur conférer une existence véritable et autonome. Sur ce point, le Professeur Chevallier évoque d'un côté, la constitution rigide qui suppose une distinction entre le pouvoir constituant et les pouvoirs constitués non habilités à créer des règles de nature constitutionnelle et de l'autre, la théorie de la souveraineté nationale qui permet de déduire que seule la volonté de la Nation peut contraindre les pouvoirs publics.

---

[846] Pour une démonstration similaire, voir J-C. Maestre, « A propos des coutumes et des pratiques constitutionnelles : l'utilité des constitutions », *op. cit.*, p. 1280 et suiv.

[847] Voir J. Chevallier, « La coutume et le droit constitutionnel français », *op. cit.*, p. 1398 : « *il n'y a de coutume constitutionnelle que s'il existe des précédents répétés, durables et constants, et que si ces précédents ont été observés avec la conscience d'obéir à une règle constitutionnelle obligatoire. Or, on constate que l'usage a beaucoup de difficulté à s'établir en matière constitutionnelle* ».

[848] *Ibid.*, p. 1402 : « *Le moyen le plus sûr de prouver le caractère juridiquement obligatoire d'un usage, c'est que les tribunaux sanctionnent sa violation* (…) *L'intervention d'un organe juridictionnel suffit à prouver le caractère juridiquement obligatoire de l'usage suivi et à faire disparaitre toute incertitude quant à la nature de cet usage* ».

Sur ce point, le Professeur Chevallier considère que, dès lors que le juge a pu sanctionner ce qui peut s'apparenter à une pratique, il s'agit en réalité, d'une interprétation du droit écrit et non d'une coutume en tant que telle. Reconsidérée par le Professeur Jacques Chevallier, la jurisprudence concernée, correspond à ce que l'on appelle, traditionnellement, une « *interprétation jurisprudentielle* ». *Ibid.*, p. 1406 : « *Là où existe un juge pour consacrer la coutume, celle- ci disparait derrière l'interprétation jurisprudentielle* ».

[849] Adoptant une démarche intellectuelle proche, Jean-Claude Maestre démontre, qu'au sein d'un ordre constitutionnel où le droit est écrit, seule la constitution est source véritable de droit. A titre principal, il s'attache à identifier que sous la Ve République seules des pratiques politiques, et non des coutumes qui ont force obligatoire, sont susceptibles d'être identifiées. Voir J-C. Maestre, « A propos des coutumes et des pratiques constitutionnelles : l'utilité des constitutions », *op. cit.*, p. 1279 et suiv.

[850] Voir J. Chevallier, « La coutume et le droit constitutionnel français », *op. cit.*, p. 1408.

Pour toutes ces raisons, l'auteur conclut que « *le seul moyen pour la coutume d'avoir une existence juridique, c'est que le texte constitutionnel la prévoit comme source de droit*[851] ».

Par conséquent, l'exemple particulier de la coutume permet d'induire que les sources du droit constitutionnel contemporain[852] s'arrêtent aux seules normes juridiques[853].

Par ailleurs, un courant qualifié de « *néo-constitutionnalisme*[854] », fait de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, un objet d'étude nouveau en droit constitutionnel[855]. Notamment, Louis Favoreu, considéré comme le père de ce courant doctrinal, défend l'apparition d'un « *principe de constitutionnalité*[856]» sous l'effet de la jurisprudence, lequel signifie que l'ensemble des règles de droit doit désormais être en conformité avec la Constitution, norme placée au sommet de la hiérarchie des normes[857]. Par extension, Favoreu a contribué à mettre

---

[851] *Ibid*., p. 1415. Il ajoute, au titre d'une conclusion générale : « *Non seulement la coutume constitutionnelle n'a à peu près aucune chance de se former en droit français, mais encore sa valeur juridique est radicalement nulle. Cette double constatation nous amène à affirmer l'inexistence de la coutume en droit constitutionnel français. On ne peut parler de coutume constitutionnelle qu'en renonçant à toute définition juridique du phénomène coutumier, et qu'en abandonnant les principes fondamentaux de notre système constitutionnel. Pour notre part, nous nous refusons à une telle absence de rigueur juridique* ».

[852] Les Professeurs Hamon et Troper définissent le droit constitutionnel comme un « *ensemble de normes* ». Voir F. Hamon, M. Troper, *Droit constitutionnel*, 29e éd., Paris, LGDJ, 2005, p. 10 et suiv.

[853] Voir, sur ce point, L. Favoreu, « Propos d'un néo-constitutionnaliste », *in* J-L. Seurin (Dir.), *Le constitutionnalisme aujourd'hui*, Paris, Economica, 1984, p. 23 et suiv.

[854] *Ibid.*, p. 23.

[855] L'apparition d'une nouvelle revue juridique en 1990, *la Revue française de droit constitutionnel*, témoigne également, de façon patente, de l'orientation nouvelle du droit constitutionnel. L'éditorial de la nouvelle revue est ainsi rédigé : « *Le pari scientifique repose sur la conviction que le droit constitutionnel de la fin du XXe siècle est, comme le monde lui- même, en pleine mutation. Alors qu'il est parfois considéré comme une discipline traditionnelle et ayant peu changé, l'observation du droit positif en France comme à l'étranger montre, qu'au contraire, les évolutions du droit constitutionnel-depuis une quarantaine d'années en Europe occidentale, une quinzaine d'années en France, et tout récemment dans les pays de l'Est et du Sud-sont véritablement prodigieuses. Grâce au développement des chartes constitutionnelles et internationales des libertés fondamentales et à l'action des juridictions constitutionnelles relayée et confortée par celles des juridictions internationales, le droit constitutionnel redevient le droit de la liberté, tel qu'il était perçu à la fin du XVIIIe siècle par les pères fondateurs de la démocratie américaine et les auteurs de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789* ».

[856] L. Favoreu, « Le principe de constitutionnalité, essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Recueil d'études en l'honneur de Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1975, p. 33.

[857] Cela signifie, et l'opposition est diffusée par la doctrine, que d'« *institutionnelle* », la constitution devient « *normative*. » Sur ce point, le Professeur Elisabeth Zoller construit, précisément, son manuel autour de l'opposition entre deux conceptions de la constitution, l'une descriptive et l'autre normative. Si la première correspond à la description des institutions politiques, c'est surtout la seconde qui intéresse l'auteur. Définie comme « *la loi fondamentale et suprême que se donne un peuple libre* », la conception normative suppose que la constitution contraint effectivement les pouvoirs publics et implique, de fait, un contrôle de constitutionnalité des actes qu'ils adoptent.
Voir E. Zoller, *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 1998, chapitre introductif, p. 9.
Voir également O. Beaud, « Constitution et droit constitutionnel », *in* D. Alland, S. Rials (Dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy, 2003, 1649 p. ; Louis Favoreu décrit le même phénomène lorsqu'il relève que « *la Constitution a cessé d'être seulement une « idée » pour devenir une « norme », c'est-à-dire une règle juridiquement obligatoirement sanctionnée « dont les effets se font sentir sur les citoyens et sur les juges* » ». L. Favoreu, « Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit », *RFDC*, 1990, p. 72.

en valeur le rôle substantiel qu'occupe aujourd'hui le Conseil constitutionnel[858] et a multiplié, au cours des années 1970-1980, la publication de travaux afin de permettre la médiatisation de l'institution[859]. Redéfinissant la discipline autour de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, en 1990 il définit le droit constitutionnel comme « ***un droit, le droit de la Constitution, le droit de la Constitution sanctionné par un juge***[860] ». Louis Favoreu va même jusqu'à considérer, à l'occasion d'une étude sur la répartition des compétences entre le Parlement et le Gouvernement, « *que l'intérêt porté à la justice constitutionnelle n'est pas la manifestation de ce que l'on pourrait appeler une mode mais d'un phénomène plus profond qui est en train de transformer notre système juridique et politique*[861] ».

C'est donc l'étude des dispositions de la constitution en vigueur et/ ou son interprétation par le Conseil constitutionnel qui devient l'objet essentiel si ce n'est exclusif du droit constitutionnel. Dans l'analyse de cet objet, seule une méthode juridique apparaît légitime.

B/ Le renouvellement de la science du droit constitutionnel : « une méthode juridique positiviste »

Cinquante ans après la publication d'un article célèbre d'Henry Nézard relatif à la promotion d'une méthode expérimentale dans l'analyse du droit constitutionnel[862], François Luchaire publie, à son tour, un article intitulé à l'identique, « *De la méthode en droit constitutionnel*[863]». Si pour le premier il est important de ne pas s'arrêter à l'étude des seules

---

[858] Voir L. Favoreu, « L'apport du Conseil constitutionnel au droit public », *Pouvoirs*, 1980, p. 17 : « *Au cours des dix dernières années, le droit public français a entrepris une mutation si importante que l'on pourra bientôt parler de « révolution »* ».

[859] Voir, not., L. Favoreu, « Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit », *RFDC*, 1990, p. 71 ; voir, par ailleurs, L. Favoreu, L. Philip, *Le Conseil constitutionnel*, Paris, PUF, Que- sais- je ?, 1978, 126 p. ; L. Favoreu, L. Philip, M. Waline, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Sirey, 1975, 442 p. Plus tard le manuel coordonné par Louis Favoreu traduit bien sa pensée. L. Favoreu et *alii*, *Droit constitutionnel*, 1re éd., Paris, Dalloz, 1998, 912 p.

[860] Voir sur ce point, voir L. Favoreu, « Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit », *op. cit.*, p. 71. L'auteur entend préciser qu'il « *s'agit d'une tentative de définition faite en vue de clarifier quelque peu la situation actuelle et qui ne prétend nullement à la rigueur scientifique* ».

[861] L. Favoreu, *La politique saisie par le droit : alternances, cohabitations et Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1988, p. 9. Dans le même sens, il relève, dans un article consacré à « *l'apport du Conseil constitutionnel au droit public* », qu'il « *appartient à chacun d'apprécier l'opportunité des changements apportés au droit public par le Conseil constitutionnel ; mais il est impossible d'en nier la réalité et l'importance* ». Voir L. Favoreu, « L'apport du Conseil constitutionnel au droit public », *op.cit.*, p. 26.

[862] H. Nézard, « De la méthode en droit constitutionnel », *Mélanges R. Carré de Malberg*, Paris, Librairie Edouard Duchemin, 1977, p. 485.

[863] F. Luchaire, « De la méthode en droit constitutionnel », *RDP*, 1981, p. 275.

règles de droit constitutionnel et de s'efforcer de prendre en compte les faits sociaux et politiques, le second au contraire pense que la bonne méthode est celle qui permet de connaître avec précision les dispositions de la Constitution en vigueur[864]. Cette démarche, qui vise à faire du droit positif l'objet substantiel du droit constitutionnel, est défendue par les auteurs qui se réclament du positivisme juridique.

L'idée générale défendue par ces auteurs est l'idée selon laquelle le droit ne peut être que le seul droit positif, là où le courant jusnaturalisme distingue le droit positif du droit naturel qui le surplombe[865]. Des tentatives pour définir plus précisément le positivisme juridique, le Professeur Michel Troper[866] relèvent qu'il existe trois significations du terme « *positivisme* »: une conception de la science du droit[867], une théorie du droit et une idéologie[868].

---

[864] Malgré l'intitulé général de son article, François Luchaire consacre en réalité son étude à la façon dont le juge constitutionnel doit s'efforcer d'identifier avec précision la norme applicable à un cas d'espèce. Précisément, il montre que la meilleure méthode (une méthode juridique « *rigoureuse*») est celle qui concentre son analyse autour de la norme constitutionnelle. Replaçant la constitution au cœur du droit constitutionnel, l'auteur relève que le juriste doit rechercher dans le texte, voire au-delà des textes, les éléments qui permettent de connaître, avec certitude, la règle. Des diverses technique pour connaître la norme au- delà des textes, François Luchaire suggère, notamment, l'esprit du texte, l'intention des auteurs du texte ou l'utilisation d'un raisonnement par analogie. Voir *Ibid*.

[865] Pourtant et malgré ce caractère général, il apparaît difficile de définir précisément le positivisme comme de circonscrire une liste exhaustive d'auteurs affiliés à ce courant. Le développement et l'inflation d'une doctrine positiviste rendent délicate, à l'heure actuelle, une définition unifiée tant le terme devient polysémique et tant le rattachement d'auteurs sous la bannière positiviste suppose de concilier des approches multiples. De même, la frontière entre positivisme et jusnaturalisme à parfois tendance à se brouiller dans la mesure où certaines thèses qui revendiquent pourtant une appartenance claire en faveur de l'une des approches, ont parfois tendance à emprunter à l'autre. Très souvent, notent certains observateurs, des doctrines positivistes soutiennent des théories prescriptives, là où elles ne devraient s'en tenir qu'à une description. Voir, par exemple, J-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 2004, p. 26 : « *Toute définition du positivisme est sommaire et peut être inexacte. Il est parfois difficile de qualifier une doctrine* (…) *L'hétérogénéité des doctrines positivistes rend plus aléatoire encore la recherche d'un critère général du positivisme* ».
Voir par ailleurs, M. Virally, *La pensée juridique*, Paris, LGDJ, 1998, p. V : « *Le succès du positivisme juridique a eu une contre-partie : on ne sait plus guère ce que ce mot désigne* ». (…) « *Des théories très éloignées les unes des autres sont couvertes du même manteau* ».
Finalement, on peut considérer avec le Professeur Luc Heuschling qui a étudié le positivisme dans le cadre de sa thèse de doctorat relative à « *l'Etat de droit* », que « « *au vu du fossé qui sépare parfois les positions des uns et des autres, on peut s'interroger sur le caractère fictif ou réel d'un concept unitaire du positivisme* ». Voir L. Heuschling, *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of law*, th., Paris, Dalloz, 2002, p. 472.

[866] Le Professeur Troper reprend sur ce point, la pensée de Noberto Bobbio. Voir Ch. Grzegorczyk, F. Michaut, M. Troper, *Le positivisme juridique*, Paris, LGDJ, 1992, 535 p. ; Voir également Ch. Grzegorczyk, M. Troper, « Introduction générale », p. 27 : « *les caractérisations positives de Bobbio sont les suivantes : En premier lieu, le positivisme est un mode d'approche du droit , fondé sur la volonté de construire une science positive du droit sur le modèle des sciences de la nature, c'est-à-dire fondée sur les principes d'une philosophie empiriste. En second lieu, le positivisme est une certaine théorie du droit, selon laquelle le droit n'est qu'un ensemble de commandements émanant de l'Etat et assorti de sanctions. En troisième lieu, le positivisme est une idéologie selon laquelle le droit en vigueur est juste et doit être obéi* ».

[867] M. Virally considère que le positivisme juridique a permis de faire du droit, une science en prétendant arriver à une connaissance objective du phénomène juridique. Voir M. Virally, *La pensée juridique*, Paris, LGDJ, 1998, 225 p.

[868] Voir N. Bobbio, *Essai de théorie du droit*, Paris, LGDJ, 1998, 286 p. ; Voir par ailleurs, M. Troper, *Positivisme juridique*, *op. cit.*, p. 576.

Une idéologie positiviste tout d'abord, renvoie à l'idée selon laquelle il s'agit d'obéir au pouvoir quel qu'il soit, c'est-à-dire que la loi, quel que soit son contenu, est considérée comme juste dans la mesure où elle est valide[869].

La théorie du droit positiviste, ensuite, signifie que ce dernier est réduit au seul droit étatique. Par extension, elle peut défendre également l'idée que les normes juridiques sont seulement l'expression de la volonté humaine ou que la production comme l'application des normes juridiques sont strictement dictées par la raison[870].

Finalement, toujours selon le Professeur Troper[871], c'est sans doute conformément à la conception de la science du droit que l'on peut définir[872], de la façon la plus homogène et précise, le positivisme juridique[873]. L'idée principale est que le positivisme envisage la science du droit conformément au modèle des sciences de la nature[874] et implique de fait, plusieurs conséquences sur le rapport entre l'objet d'étude et l'opération intellectuelle qui consiste à décrire cet objet. Précisément, une démarche positiviste suppose une distinction entre le droit et la science du droit et s'inscrit dans la volonté de décrire le droit tel qu'il est et non tel qu'il devrait être[875]. Bien entendu, l'objet d'étude est limité aux seuls faits (le droit positif), en laissant de côté les valeurs[876]. Pratiqué par Hans Kelsen dans sa *Théorie pure du*

---

[869] Noberto Bobbio parle de « *formalisme éthique* ». Voir N. Bobbio, *Essai de théorie du droit, op.cit.*, p. 44 : « *Dans son premier aspect, c'est-à-dire en tant qu'idéologie, le positivisme juridique se réduit, en dernière analyse, à affirmer que les lois valides doivent être obéies inconditionnellement, c'est-à-dire indépendamment de leur contenu, qu'il existe une obligation morale d'obéir aux lois valides. J'ai rappelé autre part cette position du « formalisme éthique », en le définissant d'une manière synthétique comme cette conception qui réduit la justice à la validité dans la mesure où elle considère les lois comme justes, pour la seule raison qu'elles sont valides* ».

[870] La fondation du positivisme remonte à la philosophie politique, notamment avec Thomas Hobbes. Voir M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, PUF, 2003, p.560 : « *C'est donc la volonté de l'homme qui, pour servir ses appétits dans les circonstances de la vie changeante où il se trouve situé, sans plus prétendre à rien d'immuable, crée ou « pose » les règles de droit* ».

[871] M. Troper, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, Paris, PUF, 1994, p. 27 et suiv.

[872] De ces multiples sens apparaît une nouvelle difficulté : tel auteur peut adhérer à l'idéologie du positivisme mais pas nécessairement aux autres aspects. Il n'existe pas, en d'autres termes, de rapport nécessaire entre ces trois significations.

[873] Voir Ch. Grzegorczyk, F. Michaut, M. Troper, *Le positivisme juridique, op.cit.*, p. 27 : « *Nous nous sommes donc résolus à prendre un critère unique, vague mais simple et d'un emploi clair : est considéré comme positiviste* (…) *tout auteur qui adopte l'approche empirique, c'est-à-dire qui manifeste sa volonté de construire une science du droit sur l'un des modèle des sciences de la nature* ».

[874] Voir sur ce point M. Troper, *Pour une théorie juridique de l'Etat, op. cit.*, p. 40 et suiv. Voir par ailleurs, L. Heuschling, *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of Law, op. cit.*, p. 474 et suiv. : « *Selon la définition stipulative que l'on retient ici du mot positivisme, celui- ci consiste essentiellement en une méthode inspirée du positivisme comtien qui réduit tout savoir scientifique à un discours sur les faits. Il faut quelque chose de concret, de réel, de positif et il n'y a de science que dans la description de ce qui est, c'est-à-dire dans la formulation d'énoncés qui sont susceptibles d'être vérifiés ou contredits de façon empirique* ».

[875] Il s'agit donc de décrire le droit, non comme une manifestation de la justice ou comme l'application de règles préexistantes au moyen de la logique, mais tel qu'il est réellement.Voir par exemple sur ce point O. Jouanjan, « Une interprétation de la théorie réaliste de Michel Troper », *Droits*, 2003, p. 31.

[876] Sur ce dernier point, le juriste doit se garder d'un quelconque jugement de valeur sur le droit ou d'en recommander une évolution : les théories doctrinales ne sont ainsi que descriptives et non prescriptives. En

droit[877], le positivisme a ainsi pour seul objet d'étude le droit positif[878] et l'ambition du juriste vise simplement à connaître le droit et à s'efforcer de l'expliquer dans son exactitude[879]. Pour reprendre les termes de Kelsen sur ce point, la *Théorie pure du droit* vise « *une connaissance du droit, du seul droit, en en excluant de cette connaissance tout ce qui ne se rattache pas à l'exacte notion de cet objet*[880] ».

Radicalement distincte de son objet, la science positiviste peut décrire le droit comme une réalité objective, sans formuler de prescription ou de jugement de valeur. A cet égard, le Professeur Michel Troper apporte un éclairage essentiel au travers de sa thèse de doctorat intitulée « *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*[881]».
A titre principal, l'auteur entreprend de démontrer que la doctrine s'est trompée dans son appréciation du rôle joué par le principe de séparation des pouvoirs dans la classification des constitutions[882]. Plus précisément, elle aurait eu tort de choisir l'acception stricte du principe de séparation des pouvoirs comme un critère pertinent pour ranger dans la même catégorie, les constitutions de 1791, de l'an III et de 1848. Définie comme correspondant à l'indépendance et à la spécialisation des fonctions de chaque organe dans l'Etat[883], cet aménagement de la séparation des pouvoirs ne se vérifie pas, de façon homogène, au sein des dispositions constitutionnelles des constitutions concernées. Pour le démontrer, le Professeur Troper évoque notamment la consécration du veto législatif dont dispose le roi au sein de la constitution 1791[884] et s'agissant de l'indépendance des organes, la responsabilité des ministres devant le Corps législatif sous l'empire de la Constitution de l'an III[885].

---

d'autres termes, le juriste qui fait le choix d'une démarche positiviste doit s'en tenir à des jugements de réalité, non des jugements de valeur.

[877] H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2e éd., édition française, Paris, Dalloz, 1962, 496 p.

[878] *Ibid.*, p. 95 : « *L'assertion, qui est évidente, que l'objet de la science du droit est le droit, inclut l'assertion - qui est moins évidente - que la science du droit a pour objet les normes juridiques* ».

[879] *Ibid.* : « *Théorie, elle se propose uniquement et exclusivement de connaître son objet, c'est-à-dire d'établir ce qu'est le droit et comment il est. Elle n'essaie en aucune façon de dire comment le droit devrait ou doit être ou être fait* ».

[880] *Ibid.*

[881] M. Troper, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, th., Paris, LGDJ, 1980, 251 p.

[882] Sur la discussion générale de cette thèse, voir O. Beaud, « Michel Troper et la séparation des pouvoirs », *Droits*, 2003, p. 149.

[883] Voir M. Troper, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, *op. cit.*, p. 11 et suiv.

[884] *Ibid.*, p. 23 et suiv. Voir spéc., p. 35 : « *On se sent donc autorisé à conclure que, la Constitution de 1791 apporte bien une grave exception au principe de la spécialisation, dans la mesure où l'organe de la fonction exécutive est, en même temps, un organe partiel de la fonction législative* ».

[885] *Ibid.*, p. 92 : « *La thèse selon laquelle la Constitution de l'an III aurait organisé entre les pouvoirs publics une séparation rigide et absolue doit donc être repoussée. Le Directoire ne pouvait agir que conformément à la volonté du Corps législatif. S'il allait à l'encontre de cette volonté, il pouvait être condamné. S'il se conformait à cette volonté, il ne pouvait être destitué par les conseils, mais alors en quoi consiste l'indépendance ?* »

Pourquoi, dès lors, la doctrine se serait trompée dans son interprétation du principe constitutionnel de séparation des pouvoirs ?

Le décalage entre la réalité du droit positif et le principe de séparation stricte des pouvoirs est lié, selon le Professeur Troper, à deux écueils principaux[886].

Tout d'abord, la doctrine serait tombée dans le piège de l'anachronisme[887]. Historiquement, le sens de la notion de séparation des pouvoirs a évolué et on doit à Berriat Saint-Prix, sous la monarchie de Juillet[888], l'acception selon laquelle elle correspond à une spécialisation des fonctions et à l'indépendance des organes. Appliquant cette définition aux constitutions révolutionnaires, la doctrine aurait donc interprété de façon anachronique la séparation des pouvoirs. Pour être plus précis, le constituant de la période révolutionnaire aurait simplement envisagé la séparation des pouvoirs comme un objectif général qui consiste simplement à ne pas confier l'ensemble des prérogatives étatiques à un unique organe, dans le but de limiter les abus et mettre fin à l'absolutisme[889]. Seule donc l'idée d'une limitation du pouvoir afin de préserver la liberté politique doit être considérée comme correspondant au vocable séparation des pouvoirs dans les premières constitutions écrites, excluant par là-même le principe de séparation stricte des pouvoirs et les conséquences juridiques qui lui sont traditionnellement attribuées.

De plus, en procédant au classement des constitutions à l'aide du critère de la séparation des pouvoirs, la doctrine aurait élaboré une certaine théorie de la séparation des pouvoirs largement critiquable. Cette théorie ne vise pas la description du droit mais diffuse une certaine idée du droit. Au fond la mise en œuvre de la séparation des pouvoirs devrait correspondre à la recherche de l'équilibre entre les pouvoirs[890].

---

[886] *Ibid.*, conclusion générale, p. 205 : « *Il est tant de porter un jugement sur la doctrine qui classe les Constitutions françaises en prenant pour critère le principe de la séparation des pouvoirs et range dans une même catégorie les Constitutions de 1791, de l'an III et de 1848* ».

[887] *Ibid.* : « *Pris dans toute sa rigueur, ce principe n'a inspiré aucune de ces constitutions. Aucune d'elles n'a institué des autorités spécialisées, irrévocables et susceptibles de se faire équilibre. Les auteurs de ces constitutions ont entendu le principe de la séparation des pouvoirs dans un autre sens que la doctrine qui a opéré ce classement. Celui- ci est donc le résultat d'un anachronisme* ».

[888] *Ibid.*, p. 207.

[889] *Ibid.*, p. 114 et suiv.

Voir également, F. Rouvillois, *Droit constitutionnel*, 2e éd., t.1, Fondements et pratiques, Paris, Flammarion, 2005, 351 p. Voir spéc., p.166 et suiv. L'auteur évoque le passage du principe négatif de séparation, d'une séparation minimale qui consiste à ne pas confier l'ensemble des prérogatives étatiques à un organe unique, vers la consécration d'un dogme.

[890] En conséquence, la théorie doctrinale de la séparation des pouvoirs doit être purement et simplement abandonnée dans la mesure où elle ne rend pas compte de la réalité. Elle est reconsidérée par le Professeur Troper, au terme de son analyse, comme « *une théorie qui est contraire aux faits n'est plus une théorie, c'est une chimère ou un dogme* ». Voir O. Beaud, « Michel Troper et la séparation des pouvoirs », *op. cit.*, p. 153.

De ces deux écueils, le premier est particulièrement intéressant en ce qu'il soulève le problème plus général de l'adéquation entre les principes doctrinaux et ceux effectivement consacrés par la constitution. Décharnée de l'exemple particulier d'un excès de « *conceptualisme* » dans l'application du principe de séparation stricte des pouvoirs à certaines constitutions nationales, comme l'a très bien montré le Professeur Troper, la question de savoir si une constitution correspond à l'application, de la part du pouvoir constituant, de principes généraux ou aux conséquences logiques qui découlent de ces principes mérite d'être abordée.

§2/ Eléments théoriques pour une distinction entre les « constitutions conceptuelles » et les « constitutions empiriques »

Dans le prolongement des travaux du Professeur Troper, il est possible de s'interroger sur l'adéquation entre les principes doctrinaux et ceux effectivement consacrés par la constitution.

Parallèlement, et pour prendre un second exemple, qui tend à montrer que la critique n'est pas circonstancielle mais concerne de nombreux principes généraux du droit constitutionnel, le Professeur Troper dresse un constat similaire à propos de la classification doctrinale des constitutions, selon qu'elles consacrent le principe de souveraineté nationale ou de souveraineté populaire. La souveraineté populaire implique traditionnellement le principe de l'électorat-droit, c'est-à-dire la consécration du suffrage universel, des éléments de démocratie directe et le mandat impératif tandis que de la souveraineté nationale, découle le refus de toute technique de démocratie directe ou semi-directe, la théorie de l'électorat- fonction, c'est-à-dire la possibilité du suffrage restreint et la prohibition du mandat impératif.

A l'exception, note l'éminent juriste, de la constitution de 1791 qui tire toutes les conséquences juridiques attachées traditionnellement par la doctrine au principe de souveraineté nationale, les constitutions ultérieures ne confirment pas cette cohérence scientifique. Par exemple, tout en comportant les mêmes règles, la Charte de 1814 ne fait pas référence au principe de souveraineté nationale ; la Constitution de 1793 proclame la souveraineté populaire mais prohibe néanmoins le mandat impératif. Dernier exemple, la Constitution de l'an III qui reprend les termes de 1793, « *la souveraineté réside essentiellement dans l'universalité des citoyens* » contient l'ensemble des conséquences traditionnellement attachées à la souveraineté nationale : suffrage restreint et indirect, refus de la démocratie directe et du mandat impératif.

De fait, la démonstration appelle la même conclusion qu'à l'occasion de l'analyse de la séparation des pouvoirs : si les constitutions font un choix en faveur de l'un ou l'autre des aménagements de la souveraineté, il ne s'agit pas de l'application des principes doctrinaux de souveraineté. Une telle façon de raisonner, poursuit le Professeur Troper, suppose que la doctrine part du principe que le constituant lui-même a adopté une démarche conceptuelle, qu'une fois un principe posé de façon *a priori*, il en déduirait toutes les conséquences juridiques au sein des constitutions.

Par conséquent, la critique majeure du Professeur Michel Troper sur la science du droit, et notamment sur la plupart des énoncés doctrinaux en droit constitutionnel, est une méconnaissance du rôle premier de toute réflexion théorique sur l'objet droit et qui consiste à décrire cet objet de façon objective. La théorie constitutionnelle aurait confondu « *l'être* » avec le « *devoir être* » et aurait versé dans la prescription au lieu de s'en tenir à la description.

Sur le principe de souveraineté nationale voir, F. Hamon, M. Troper, *Droit constitutionnel*, 29e éd., Paris, LGDJ, p. 190 et suiv.

Sur la science du droit voir, M. Troper, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, *op. cit.*, 251 p. ; M. Troper, « La théorie dans l'enseignement du droit constitutionnel », *RDP*, 1984, p. 263 ; M. Troper, « Les classifications en droit constitutionnel », *RDP*, 1989, p. 945.

Plus précisément, il apparaît possible, sur la base d'une comparaison entre la première constitution française de 1791 et les grands textes écrits anglais, de dégager certains critères théoriques généraux permettant de caractériser une « *constitution empirique* » ou au contraire, une « *constitution conceptuelle*[891] ». En ce sens, l'histoire constitutionnelle dévoile l'existence de constitutions qui n'obéissent pas à la logique juridique mais simplement à des facteurs contingents et d'autres, qui correspondent à la traduction d'une démarche rationnelle visant à organiser des règles en application de principes généraux. Ces critères généraux permetteront ainsi et dans un second temps, de les confronter aux dernières constitutions nationales et d'identifier alors, l'existence de « *constitutions conceptuelles* » ou de « *constitutions empiriques* »[892].

Finalement très en lien avec l'analyse des principes généraux élaborés par la doctrine à partir de la constitution, cette démonstration permettra, en dernière analyse, de déduire l'adéquation entre le droit et les principes doctrinaux. Plus précisément, une « *constitution conceptuelle* » supposerait que le pouvoir constituant a délibérément prévu les règles d'organisation et de fonctionnement des pouvoirs publics comme l'application d'un certain nombre de principes généraux. Par exemple, en consacrant un droit de dissolution entre les mains du Chef de l'Etat et en prévoyant la possibilité pour le Parlement de déposer une motion de censure pour engager la responsabilité du Gouvernement, le pouvoir constituant a tiré les conséquences pratiques de l'application du principe de séparation souple des pouvoirs. Dans ce cas, l'analyse doctrinale des constitutions selon un principe de séparation stricte ou souple dont le dernier exemple en est une illustration, correspond fidèlement à la réalité du droit. A l'inverse, dès lors qu'une « *constitution empirique* » ne consacrerait que des règles qui obéissent à des logiques purement factuelles et politiques, elle ne corresponderait jamais à l'application de principes juridiques connus du droit constitutionnel. Dans ce second cas, l'induction de principes généraux par la doctrine pour rendre compte d'une façon générale, des constitutions comporterait une large part d'artifice.

---

[891] L'opposition entre « *constitution empirique* » et « *constitution conceptuelle* », pourrait constituer une grille de lecture intéressante, à côté des classifications traditionnelles des constitutions. Cet instrument de classification pourrait permettre l'effort de synthèse, dans la mesure où il est susceptible d'embrasser plusieurs aspects impliqués par les oppositions plus classiques. On parle, en effet, plus volontiers de *summa divisio* telles constitution écrite et constitution coutumière, constitution formelle et matérielle, constitution sociale et politique ou encore, constitution souple et rigide s'agissant de la procédure de révision Ainsi, pour ne prendre qu'un exemple, la constitution conceptuelle est le plus souvent écrite, formelle et rigide.
Par ailleurs, l'intérêt essentiel pourrait être d'introduire une typologie qui permet de saisir la constitution dans sa dimension tant interne qu'externe. Plus précisément, les adjectifs « *empirique* » et « *conceptuel* » peuvent concerner l'acte juridique déjà proclamé, comme la démarche de l'auteur compétent pour édicter cet acte.
[892] Voir *Supra.*, Section 2.

Dans un premier temps, deux directions permettent de dégager des critères théoriques propres à une « *constitution conceptuelle* » et à une « *constitution empirique* ». Il s'agit de critères qui ont trait à la nature (A) et de critères relatifs à la forme et la structure du texte (B).

A/ Le critère de la nature d'une constitution

Si la première Constitution française en 1791 et la plupart des grands textes constitutionnels anglais se rapprochent compte tenu d'un objectif commun -garantir la liberté politique et à encadrer l'exercice du pouvoir- ils diffèrent néanmoins dans leur nature et leur fondement. Précisément, on peut considérer que la plupart des textes anglais sont des « *textes de réaction* », c'est-à-dire élaborés par les institutions sur la base des enseignements de l'histoire et de l'expérience réelle du pouvoir (1). *A contrario*, la Constitution de 1791 symbolise une « *œuvre d'intention* », en ce sens qu'elle est le résultat artificiel et volontaire d'une volonté unique, la Nation[893], qui s'efforce de repenser l'ordre constitutionnel dans son ensemble (2).

[893] En creux de cette vision de la Constitution comme manifestation de volonté du pouvoir souverain, on trouve l'opposition entre les révolutionnaires, défenseurs d'une lecture artificielle ou rationnelle et le courant général des anti- lumières considérant au contraire la constitution, comme le fruit de l'évolution naturelle des évènements. Voir sur ce point, O. Beaud, *La puissance de l'Etat*, Paris, PUF, 1994, 512 p. Voir par ailleurs, G. Gengembre, « La Contre-Révolution et le refus de la constitution », *in* M. Troper, L. Jaume (Dir.), *1789 et l'invention de la constitution : Actes du Colloques de Paris*, Paris, LGDJ, 1998, p. 55 et spéc., p. 56 et 57 : « *A la sage révolution anglaise, s'oppose la folie française de la table rase. Loin de s'extasier sur ses progrès, dont la Révolution française constituerait l'aboutissement logique, Burke stigmatise la dictature de la raison. En son nom, on rejette l'héritage précieux des générations, alors que le devoir des peuples est de conserver. De Locke, via Hume, Burke retient que nous devons tourner vers le passé pour y trouver valeurs et certitudes* ». Voir encore J. De Maistre, *Considérations sur la France* (1796), Paris, Imprimerie nationale Ed., 1994, 184 p., spéc., p. 62 : « *L'homme peut tout modifier dans la sphère de son activité, mais il ne crée rien : telle est sa loi, au physique comme au moral. L'homme peut sans doute planter un pépin, élever un arbre, le perfectionner par la greffe et le tailler en cent matières ; mais jamais il ne s'est figuré qu'il avoit le pouvoir de faire un arbre. Comment s'est- il imaginé qu'il avoit celui de faire une constitution ? Seroit- ce par l'expérience ?* »
Cette opposition est encore évoquée par Paul Bastid dans son ouvrage « *L'idée de Constitution* ». Opposant les constitutions « *naturelles ou artificielles* », il synthétise l'alternative pas la question suivante : une constitution est-elle le « « ***produit spontané de la nature, c'est-à-dire en l'espèce de la réalité sociale, dans laquelle la part du génie humain, de l'initiative individuelle serait nulle ?*** » **ou au contraire d'une « *œuvre d'art, une création volontaire où se reflète l'ingéniosité de l'esprit ?*** » Voir P. Bastid, *L'idée de Constitution*, Paris, Economica, 1985, p. 10.

1/ Les grands textes constitutionnels anglais, des lois de réaction face aux circonstances du moment

A travers trois études, publiées à la fin du XIXe siècle, Emile Boutmy s'efforce d'établir une comparaison entre les constitutions française, anglaise et américaine[894] et apporte des éclairages pertinents sur leurs caractéristiques respectives. S'agissant du droit anglais, Boutmy identifie quatre sources essentielles en droit constitutionnel : « *les traités et les quasi-traités, les précédents et usages que l'on désigne ordinairement sous le nom de Common law, les pactes, les statuts ou lois*[895] ». Parmi eux, il distingue les traités, les quasi-traités, les pactes ainsi que les *Statuts* qui sont des sources écrites et le droit de la *Common law*, source non écrite[896].

Ainsi à l'exception de la *Common law*, ce sont plusieurs textes qui contribuent à former le droit positif en vigueur. S'ils ont des objets différents et sont répartis à divers moments de l'histoire constitutionnelle anglaise, il n'en demeure pas moins, que la majorité des grandes Lois constitutionnelles écrites répondent de caractéristiques générales communes[897].

A propos des traités, d'abord, Emile Boutmy s'intéresse respectivement à l'Acte d'union avec l'Ecosse de 1707 et celui de 1801, conclu avec l'Irlande. Essentiellement, il s'agit de rattacher ces deux Etats à l'Angleterre qui devient la Grande-Bretagne, couplée avec l'Ecosse, puis le Royaume-Uni en 1801 avec l'intégration de l'Irlande. Ayant essentiellement pour but de mettre en commun des compétences et d'aménager le Parlement anglais afin qu'il représente l'Ecosse comme l'Irlande, ces deux traités entendent néanmoins préserver la singularité de chaque Etat et prévoit la possibilité d'un droit particulier, applicable simplement à l'Ecosse comme à l'Irlande. Sur ce point par exemple, Emile Boutmy relève que si le Parlement peut adopter des lois pour l'ensemble du Royaume-Uni, cela ne signifie pas que la législation en vigueur dans chacun des Etats cesse de s'appliquer. Notamment, dès lors que le Parlement adopte une loi qui rentre en conflit avec une législation particulière antérieure, c'est cette dernière qui prime[898]. Surtout, en règlementant plus particulièrement la question religieuse,

---

[894] E. Boutmy, *Etudes de droit constitutionnel*, Paris, E. Plon, Nourrit et Cie, 1885, 272 p.
[895] *Ibid.*, p. 9.
[896] *Ibid.*
[897] L'étude des lois ordinaires qui intéressent le droit constitutionnel n'est pas envisagée par le propos.
[898] Voir E. Boutmy, *Etudes de droit constitutionnel*, *op.cit.*, p. 14-15 : « *Le parlement ainsi complété légifère valablement pour tout le Royaume- Uni. Mais les lois particulières d'Ecosse et d'Irlande qui ont précédé l'union restent en vigueur tant qu'elles n'ont pas été abrogées. Il y en a un nombre considérable, et leurs différences sont souvent telles que sur un grand nombre de sujets, le parlement trouve avantage à faire un acte spécial pour*

les deux traités s'efforcent de prendre en compte son statut singulier dans chacun des Etats et de prévoir des règles respectant les différences. Essentiellement, la Grande Bretagne reconnaît deux religions d'Etat, l'Eglise épiscopale et presbytérienne, alors que l'Irlande n'en reconnaît aucune[899].

Par conséquent, cet exemple permet d'induire un premier aspect essentiel et commun à l'ensemble des textes constitutionnels écrits. Il s'agit certes, de fixer formellement un certain nombre de règles, mais toujours en tenant compte de la réalité et en essayant de concilier, d'un point de vue pragmatique, les divers aspects impliqués par l'objet d'une réglementation particulière. La réalité dans toute sa diversité en d'autres termes, est prise en compte par les textes constitutionnels[900]. Le droit ne s'applique pas de façon uniforme et invariable à la situation qu'il entend règlementer. D'ailleurs conformément aux caractéristiques du traité, il correspond à l'acte juridique qui permet la conciliation des revendications émanant d'autorités souveraines.

S'agissant ensuite des pactes, Emile Boutmy range sous ce terme, la grande Charte de 1215, le « *Bill of Rights* » de 1688 et l'Acte d'établissement de 1701. Ces trois textes sont l'œuvre des trois institutions politiques anglaises, c'est-à-dire la Couronne et les deux chambres, la Chambre des Lords et la Chambre des Communes. Dans le fond, ces textes sont toujours élaborés à la suite d'un conflit politique entre les institutions et ils aboutissent à la reconnaissance de garanties mutuelles. Parfois même, ils correspondent davantage à l'acceptation par une puissance vaincue, des exigences de la puissance victorieuse[901]. S'agissant par exemple du premier grand texte constitutionnel anglais, la grande Charte, Sir William Blackstone considère qu'il a été élaboré « *l'épée à la main, sous le règne de Jean*[902] », précisément parce qu'il fait suite à la révolte des barons contre Jean sans Terre. La Charte a pour ambition d'obliger le Roi à reconnaître un certain nombre de libertés et des techniques qui tendent à limiter le pouvoir royal.

---

chaque royaume. Voilà comment on rencontre maintes fois, au commencement ou à la fin d'un Statut, la mention : « Ne s'applique pas à l'Ecosse ou à l'Irlande ».

[899] *Ibid.*, p. 15 et suiv.

[900] *Ibid.*, p. 17 : « *On voit déjà s'annoncer ici cette extrême diversité qui est le caractère général du droit public anglais* (…) *Il semble qu'on y ait fuit, comme des extrémités dangereuses, l'unité, les règles d'une application étendue, l'assimilation et la fusion des différentes parties entre elles* ».

[901] *Ibid.*, p. 40 : « *On assiste à un rapprochement entre deux puissances qui ont commencé par s'observer et se défier l'une de l'autre, qui parfois sont entrés en lutte et qui finissent par traiter en stipulant de mutuelles garanties* ».

[902] W. Blackstone, *Commentaires sur les lois anglaises*, 4e éd., t. 1, Bruxelles, De Boubers, 1774-1776, p. 186. Voir également E. Boutmy, *Etudes de droit constitutionnel*, *op.cit.*, p. 40 et suiv.

Plus généralement, la succession des textes dans l'histoire constitutionnelle anglaise permet d'induire la tendance selon laquelle, il s'agit toujours d'enrichir les droits du Parlement au détriment de la Couronne[903]. Ainsi depuis la Grande Charte, qui selon les dires de William Blackstone « *renferme peu de nouvelles concessions*[904] », « *on a donné la Pétition des droit, qui est une déclaration authentique du Parlement, confirmée par Charles Ier, lors de son avènement au trône*[905] » et les libertés consacrées dans ces textes, ont encore été confirmé par l'*Act of Settlement* de 1701, « *qui fut donné pour assurer la Couronne dans l'illustre maison de sa Majesté régnante*[906] ».

Par conséquent, ces exemples montrent que le droit constitutionnel écrit prend appui sur le passé et s'efforce de modifier de façon formelle mais surtout circonstancielle, quelques règles de fonctionnement des pouvoirs publics afin d'harmoniser la cohabitation entre les institutions[907]. Appuyées sur les dysfonctionnements du passé et la pratique institutionnelle réelle, les institutions s'engagent dans un texte solennel, à respecter la réglementation nouvelle[908]. L'exemple du « *Parliament Act* » est sur ce point, très significatif.

Le « *Parliament Act* » fait suite à d'importantes revendications de la part des libéraux à l'encontre de la Chambre des Lords. Supposée conservatrice, on reproche à la Chambre d'user trop souvent de son droit de veto en matière législative et d'empêcher par là même, les progrès sociaux[909]. C'est précisément dans le but de palier cette dérive institutionnelle que doit être compris le « *Parliament Act* ». Il s'agit de parvenir à atténuer le pouvoir d'opposition

---

[903] Voir, par exemple, à propos du *Bill of rights*, E. Boutmy, *Etudes de droit constitutionnel*, *op.cit.*, p. 45 : « *En 1688, Jacques II était soupçonné de vouloir restaurer la papisme en Angleterre. Il s'était rendu odieux aux Anglais par des mesures arbitraires. Une partie de l'aristocratie appelle Guillaume, prince d'Orange ; Jacques II s'enfuit. Les deux Chambres, convoquées par Guillaume à la requête d'une assemblée de notables, font taire leurs scrupules et prononcent que le trône est vacant* ».

[904] W. Blackstone, *Commentaires sur les lois anglaises*, *op.cit.*, p. 186.

[905] *Ibid.*, p. 187.

[906] *Ibid.*, p. 187-188. Blackstone s'intéresse à la partie relative aux droits dits absolus contenue au sein des textes, c'est-à-dire des droits ne peuvent subir aucune restriction dans la mesure où ils sont issus d'un droit naturel et antérieur à leur proclamation authentique. Essentiellement, considère Blackstone, ces droits sont la sûreté des personnes, la liberté personnelle et le droit de propriété privée.

[907] Voir sur ce point, M. Amos, *La Constitution anglaise*, Paris, Sirey, 1935, p. 63 et suiv. Voir spéc., p. 65 : « *Ainsi la Constitution s'est faite de génération en génération. Le Bill des droits, l'Acte of d'Etablissement, le Reform Bill, le Parliament Act, sont autant de traductions d'une vive tension politique en la forme d'amendements légaux qui, l'atmosphère une fois apaisée, ont paru pleins de modération et de prudence* ».

[908] Voir D. Baranger, *Ecrire la constitution non-écrite. Une introduction au droit politique britannique*, Paris, PUF, 2008, p. 134-135 : « *les plus grandes lois constitutionnelles ne sont autre que des interprétations en fonction de nouvelles circonstances historiques : le Reform Act de 1832, la loi de 1911 sur le Parlement et même la loi de 1998 sur les droits de l'homme, ne sont pas autre chose que des interprétations. La volonté exprimée dans les lois n'a eu d'efficacité qu'en tant d'une part qu'elle se greffait sur le cadre institutionnel légué par le schéma ancien, d'autre part qu'elle prenait racine dans la vérité du monde contemporain* ».

[909] Voir, sur ce point, M. Sibert, « Chronique constitutionnelle d'Angleterre », *RDP*, 1912, p. 95.

de la Chambre des Lords au moment de l'adoption d'une loi mais également, de faire de la Chambre, une institution moins aristocratique et plus populaire. Sur ce dernier point, l'un des intérêts du texte est qu'il souligne très clairement la nécessité de réformer le mode de désignation des membres de la Chambre des Lords. Pour autant, si l'objet de la réforme vise à remplacer la désignation fondée sur l'hérédité par une désignation populaire, le « *Parliament Act* » précise, de façon explicite, que cette réforme trop prématurée pour l'heure, sera réalisée ultérieurement. En ce sens, il est précisé, « *Considérant qu'il est désirable de substituer à la Chambre des Lords telle qu'elle existe une seconde Chambre issue de la volonté populaire au lieu de l'hérédité mais qu'une telle substitution ne peut être réalisée immédiatement* [910]».

A propos de la modification de la procédure d'adoption des lois, elle intervient dans le cadre de la législation financière, seul objet du texte de 1701. Pour ce faire, le « *Parliament Act* » prévoit très précisément, et au travers d'une liste exhaustive de matières[911], ce qu'est un projet financier et les nouvelles règles applicables à l'adoption d'une loi dans ce domaine[912].
Par conséquence, le « *Parliament Act* » illustre bien l'idée selon laquelle, les modifications générales des règles d'organisation et de fonctionnement des pouvoirs publics sont réalisées de façon empirique et pratique, au travers du jeu des institutions et de leur évolution naturelle.

Pour synthétiser, des trois institutions en présence depuis le XIVe siècle, la Couronne, la Chambre des Lords et la Chambre des Communes, sont nées des accords contractuels qui règlent les rapports entre les pouvoirs publics à mesure que la vie politique évolue[913]. Adaptant les règles par touches successives, c'est la réalité qui commande le droit et tel acte constitutionnel particulier échappe à l'empire de la logique. Quand est conclu un traité, il ne s'agit pas de prétendre tout ramener à quelques vérités simples et d'en poursuivre jusqu'au bout les conséquences. L'acte négocié est le reflet de la contingence et de la complexité de la

---

[910] Voir S. Rials, *Textes constitutionnels étrangers*, 12e éd., Paris, PUF, 2005, p. 12.
[911] *Ibid.*, p. 12 : « *un projet financier signifie un projet de loi qui, selon l'opinion du Speaker de la Chambre des Communes, ne contient que des dispositions relatives à l'ensemble ou à l'une des matières suivante, à savoir : imposition, abrogation, remise, modification ou réglementation des impôts ; la création, la modification ou la suppression pour le règlement de dettes ou pour d'autres buts financiers, de charges pour le fond consolidé ou sur les ressources votées par le Parlement ; les autorisations de crédit ; l'affectation des fonds publics, leur perception (...) ; l'émission, la garantie ou le remboursement de tout emprunt (...). Dans cette sous-section les expressions « impôts », « fond public » et « emprunt » ne comprennent pas les impôts, fonds ou emprunts dont bénéficient les autorités locales pour leurs besoins locaux* ».
[912] *Ibid.* : « *Si un projet financier, préalablement adopté par la Chambre des Communes et transmis à la Chambre des Lords un mois au moins avant la fin de la session, n'est pas voté sans amendement par la Chambre des Lords dans le mois qui suit cette transmission, ce projet sera, à moins que la Chambre des Communes n'en décide autrement, présenté à Sa Majesté et deviendra un Act du Parlement au moment de la signification de l'approbation royale, nonobstant l'absence de consentement de la Chambre des Lords* ».
[913] Voir, sur ce point, P. Bastid, *L'idée de constitution*, Paris, Economica, 1985, p. 20.

situation d'où il procède. Il n'est pas question d'instituer des pouvoirs, ils existent déjà, ni de déterminer intégralement leurs attributions, mais de préciser sur certains points, les limites formelles assignées à des pouvoirs préexistants[914]. Déterminée par les institutions politiques elles-mêmes, l'étendue constitutionnelle de leurs compétences n'est pas le résultat d'une volonté expresse, mais d'attributions nourries par la conquête progressive et la pratique du pouvoir. Transposé à la théorie constitutionnelle, cet aspect signifie que ce sont les pouvoirs traditionnellement qualifiés de constitués, qui font œuvre de pouvoir constituant[915].

Dans sa nature donc, l'acte constitutionnel écrit en Angleterre s'apparente à un contrat entre les institutions politiques[916], il est chargé le plus souvent, de procéder à un ajustement pragmatique des règles de fonctionnement du pouvoir et il tire, dans l'histoire et l'expérience réelle, le sens des règles à édicter.

2/ La première Constitution française, un texte abstrait et rationnel

Construite au moment de la Révolution et adossée à la Constitution de 1791, la théorie de la constitution écrite en France véhicule l'idée selon laquelle une Constitution est le produit d'une volonté rationnelle, celle du pouvoir constituant, dont le résultat est un acte qui prévoit

---

[914] Par exemple, la Couronne ne leur doit pas son autorité, c'est la dynastie seulement qui leur doit son titre ; prérogative royale est celle de Henry VIII et d'Elisabeth transmise sans interruption à leurs successeurs : la nouvelle dynastie en prend la suite sous les restrictions générales de la *Common law*. Voir par ailleurs, E. Boutmy, *Etudes de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 7: « *1688 ne fait que réactualiser les anciens principes de la vie politique anglaise et fondation y signifie archéologie, non pas instauration* ».

[915] C'est d'ailleurs pour cette raison, que certains auteurs ont pu considérer que la Grande-Bretagne n'avait pas de Constitution dans la mesure où ils identifient la constitution comme l'acte qui émane du peuple. Thomas Paine à la fin du XVIIIe siècle, notamment, considère que si le gouvernement est compétent pour instituer les règles constitutionnelles, elles ne correspondent pas à une constitution proprement dite. Dans ce cas, deux conditions essentielles font défaut : la manifestation de la volonté du peuple pour créer une constitution et l'antériorité de cette volonté par rapport à l'existence d'un gouvernement. A partir du moment où la constitution procède de la volonté du peuple, c'est donc du peuple que procède la création du gouvernement. Voir T. Paine, *Les droits de l'homme* (1791-1792), Belin, 1987, IIe Partie, Chapitre IV, p. 215 et suiv. Par exemple, p. 215 : « *Une constitution n'est pas l'acte du gouvernement, mais d'un peuple qui constitue un gouvernement ; et un gouvernement sans constitution, est un pouvoir sans droit* ». Voir également, sur ce point, G. Gengembre, *La Contre-Révolution et le refus de la constitution*, *in* M. Troper, L. Jaume (Dir.), *1789 et l'invention de la constitution : Actes du Colloques de Paris*, Paris, LGDJ, 1998, p. 61 ; D. Baranger, *Ecrire la Constitution non écrite. Une introduction au droit politique britannique*, *op. cit.*, Introduction générale p.1 et suiv.

[916] Sur ce point, une partie de la doctrine qualifie la constitution, de « *pacte constitutionnel* ». M. Beaud a bien montré qu'il peut concerner soit la constitution de l'Etat unitaire, soit celle de l'Etat fédéral. Voir O. Beaud, *La puissance de l'Etat*, Paris, PUF, 1994, p. 246 et suiv.
Pour deux exemples de cette doctrine du contrat, voir, pour ce qui est de l'Etat unitaire, M. Hauriou, *Principes du droit public*, 2e éd., Paris, Sirey, 1916, p. 682 677 et suiv.
S'agissant de l'Etat fédéral, voir C. Schmitt, *Théorie de la Constitution* (1928), Paris, PUF, 2008, p. 195 et suiv.

l'ensemble des règles d'encadrement du pouvoir et la garantie des droits et libertés[917]. En d'autres termes, à partir du moment où une constitution crée l'ensemble des règles relatives à l'organisation des pouvoirs publics et à la garantie des droits et libertés, son auteur est guidé par une démarche strictement rationnelle[918].

Depuis la théorie du pouvoir constituant développée par Sieyès[919], la constitution émane d'une volonté unique et homogène, celle de la Nation[920]. Conformément à une formule célèbre tirée de son essai « *Qu'est-ce-que le Tiers Etat ?*[921]», « *Dans toute Nation libre, et toute Nation doit être libre, il n'y a qu'une manière de terminer les différends qui s'élèvent touchant la constitution. Ce n'est pas à des Notables qu'il faut avoir recours, c'est à la Nation elle-même. Si nous manquons de constitution, il faut en faire une ; la Nation seule en a le droit*[922] ». Pour ce faire, ce sont trois étapes distinctes qui sont identifiées par Sieyès.
La première correspond au moment où les individus, composés d'une somme de volontés individuelles, souhaitent se réunir. Cette étape vise l'association de l'ensemble des individus en un corps unique[923]. Vient ensuite une seconde époque qui consiste en la réalisation d'une volonté commune, c'est-à-dire la détermination des nécessités publiques et des moyens pour les réaliser[924]. Pour autant enfin, afin d'exercer précisément cette volonté dans sa matérialité,

---

[917] Voir sur ce point, E. Boutmy, *Etudes de droit constitutionnel*, Paris, E. Plon, Nourrit et Cie, 1885, p. 5 : « *Depuis quatre-vingt ans, notre histoire nous offre invariablement sous ce nom un instrument unique, conçu en une seule fois et d'un seul jet, promulgué à un jour donné et embrassant, dans une suite de titres qui s'enchaînent, toutes les attributions du pouvoir et toutes les garanties de la liberté* ».
[918] *Ibid.*, p. 78 et suiv.
[919] Sur la pensée de Sieyès, voir P. Bastid, *L'idée de constitution*, Paris, Economica, 1985, p. 137 et suiv.
[920] « *Si nous manquons de constitution, il faut en faire une ; la nation seule en a le droit* » nous dit Sieyès. Voir E. Sieyès, *Qu'est-ce-que le Tiers Etat ?*, Flammarion, 2002, p. 121.
Plus précisément, Sieyès montre que la formation de la société politique répond de trois époques différentes.
La première est un moment où les individus sont isolés mais forment déjà à ce stade une Nation, dans la mesure où ils souhaitent se réunir. Disposant de tous les droits, ils visent l'association.
Vient ensuite une seconde époque qui consiste en la réalisation d'une volonté commune, c'est l'étape qui substitue à l'ensemble des volontés individuelles, l'unité. *Ibid.*, p. 124 : « *On voit qu'ici le pouvoir appartient au public. Les volontés individuelles en sont bien toujours l'origine et en forment les éléments essentiels ; mais considérés séparément, leur pouvoir serait nul. Il ne réside que dans l'ensemble. Il faut à la communauté une volonté commune ; sans unité de volonté elle ne parviendrait point à faire un tout voulant et agissant. Certainement aussi ce tout n'a aucun droit qui n'appartienne à la volonté commune* ».
Pour autant afin d'exercer précisément cette volonté, la nation confie à des représentants le soin de la représenter. Cette troisième époque est appelée par Sieyès, « *celle du gouvernement par procuration* ».
[921] *Ibid.*, p. 83.
[922] *Ibid.*, p. 81.
[923] *Ibid.*, p. 82 : « *Dans la première, on conçoit un nombre plus ou moins considérable d'individus isolés qui veulent se réunir. Par ce seul fait, ils forment déjà une Nation : ils en ont tous les droits ; il ne s'agit plus que de les exercer. Cette première époque est caractérisée par le jeu des volontés individuelles. L'association est leur ouvrage ; elles sont l'origine de tout pouvoir* ».
[924] *Ibid.* : « *La seconde époque est caractérisée par l'action de la volonté commune. Les associés veulent donner de la consistance à leur union ; ils veulent en remplir le but. Ils confèrent donc, et ils conviennent entre eux des besoins publics et des moyens d'y pourvoir. On voit qu'ici le pouvoir appartient au Public. Les volontés individuelles en sont bien toujours l'origine, et en forment les éléments essentiels ; mais considérées séparément,*

la Nation confie à des représentants le soin de la représenter. Cette troisième époque, confier à quelques-uns le soin de représenter l'ensemble de la Nation, est qualifiée par Sieyès, de « *gouvernement exercé par procuration*[925] ». Il reste sur ce dernier point, que la Nation demeure source exclusive du pouvoir et que cette faculté accordée à des représentants est strictement encadrée. Elle correspond à une simple délégation de concrétisation de la volonté de la Nation[926].

Ainsi, à partir de la théorie du pouvoir constituant développée par Sieyès, c'est la Nation exerçant une volonté propre et rationnelle, qui est l'unique auteur de la constitution. Pour reprendre les termes de Maurice Hauriou, une constitution écrite nait d'une « *intention constituante*[927] », d'un sentiment partagé par l'ensemble de la Nation, de la nécessité d'une opération constituante à la suite d'une crise politique sous le régime en vigueur, précise Hauriou.

Par extension, la théorie du pouvoir constituant permet d'admettre que la Nation dispose, avant la création d'une constitution, d'une « *conscience politique*[928] » et de la capacité de penser et d'agir pour constituer un Etat constitutionnalisé, conforme aux aspirations du peuple[929]. Toutes les règles ayant trait à l'organisation et au fonctionnement des pouvoirs

---

leur pouvoir serait nul. Il ne réside que dans l'ensemble. Il faut à la communauté une volonté commune ; sans l'unité de volonté, elle ne parviendrait point à faire un tout voulant et agissant. Certainement aussi, ce tout n'a aucun droit qui n'appartienne à la volonté commune ».

[925] *Ibid.*, p. 82-83 : « *Mais franchissons les intervalles de temps. Les associés sont trop nombreux et répandus sur une surface trop étendue, pour exercer facilement eux-mêmes leur volonté commune. Que font-ils ? Ils en détachent tout ce qui est nécessaire, pour veiller et pourvoir aux soins publics ; et cette portion de volonté nationale et par conséquent de pouvoir, ils en confient l'exercice à quelques-uns d'entre eux. Nous voici à la troisième époque, c'est-à-dire, à celle d'un gouvernement exercé par procuration* ».

[926] *Ibid.*, p. 84 : « *A cette nécessité d'organiser le corps du Gouvernement, si on veut qu'il existe ou qu'il s'agisse, il faut ajouter l'intérêt qu'a la Nation à ce que le pouvoir public délégué ne puisse jamais devenir nuisible à ses commettants. De là, une multitude de précautions politiques qu'on a mêlées à la constitution, et qui sont autant de règles essentielles au gouvernement, sans lesquelles l'exercice du pouvoir deviendrait illégal* ».

[927] M. Hauriou, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, 4e éd., Paris, Sirey, 1938, p. 79. Comme Sieyès, Maurice Hauriou s'efforce de décrire, de façon synthétique, l'établissement d'une constitution - ce qu'il appelle « *l'opération constituante* » -, au travers de trois éléments distincts. L'« *intention constituante* », d'abord, correspond au sentiment partagé par l'ensemble de la nation de la nécessité d'une opération constituante à la suite d'une crise politique sous le régime en vigueur. Vient ensuite l'action d'un « *pouvoir constituant agissant au nom de la nation*» qui doit prévoir, et il s'agit du troisième élément, des « *procédures spéciales de délibération constituante* ».

[928] Voir sur ce point, C. Schmitt, *Théorie de la Constitution* (1938), Paris, PUF, 2008, p. 182 : « *Le pouvoir constituant présuppose le peuple comme puissance politiquement existante ; le mot de « nation » caractérise brillamment un peuple parvenu à la conscience politique, capable d'agir* ».

[929] Georges Burdeau parle de « *volonté créatrice du souverain* ». Voir G. Burdeau, *Traité de science politique*, 3e éd, Paris, LGDJ, 1983, Tome IV, p. 27.

publics procèdent de la volonté éclairée de la Nation[930] et en ce sens, Sieyès relève qu'il « *est impossible de créer un corps pour une fin, sans lui donner une organisation, des formes et des lois propres à lui faire remplir les fonctions auxquelles on a voulu le destiner*[931] ». De façon appliquée, la Constitution fédérale américaine de 1787 prévoit en tête du texte, que « *Nous le Peuple des Etats-Unis,* (…) *ordonnons et établissons la présente Constitution pour les Etats-Unis d'Amérique*[932] ».

Ensuite, dès lors qu'il est admis que la constitution met un terme au régime qui le précède, il s'agit de prévoir l'origine du pouvoir, les modalités d'exercice du pouvoir mais aussi, l'ensemble des rapports entre les institutions. Plus précisément, c'est toute la société politique qui est imaginée sans recourir à aucun moment à l'expérience du passé[933]. Il s'agit de l'acte initial à l'origine de l'Etat et il est la source unique de tous les pouvoirs constitués[934]. Appliqué à l'histoire constitutionnelle en France ou aux Etats-Unis, le premier texte constitutionnel écrit est né d'une Révolution conduisant en un renversement total de l'ordre ancien. Le pouvoir constituant doit créer un ordre constitutionnel à partir de rien ou, pour ce qui est notamment de la France, imaginer des institutions qui représentent le contre-exemple du régime antérieur.

Dans la forme, la Constitution correspond à un texte unique, conçu en une seule fois et promulgué en un jour donné[935]. Il embrasse dans une suite de titres qui s'enchaînent, toutes les attributions du pouvoir et toutes les garanties de la liberté[936]. Davantage, la constitution

---

[930] L'ensemble des pouvoirs publics dans leur organisation, leur fonctionnement et les limitations à l'exercice du pouvoir, « *n'existe qu'avec la manière d'être que la Nation a voulu lui donner* ». Voir, E. Sieyès, *Qu'est-ce-que le Tiers-Etat ?, op.cit.*, p. 83.

[931] *Ibid.*, p. 83.

[932] Texte de la constitution, reproduit *in* J. Beck, *La constitution des Etats-Unis*, Paris, Armand Colin, 1923, p. 226.

[933] A. De Tocqueville, *L'Ancien régime et la Révolution*, Paris, Garnier-Flammarion, 1988, 388 p. Voir Avant propos : « *Les français ont fait en 1789 le plus grand effort auquel se soit jamais livré aucun peuple, afin de couper pou ainsi dire leur destinée, et de séparer par un abîme ce qu'ils avaient été jusque là de ce qu'ils voulaient être désormais. Dans ce but, ils ont pris toutes sortes de précautions pour ne rien emporter du passé dans leur condition nouvelle ; ils se sont imposés toutes sortes de contraintes pour se façonner autrement que leurs pères ; ils n'ont rien oublié enfin pour se rendre méconnaissables* ».

[934] Conformément aux théories du contrat social, doués de raison, les individus décident par un contrat de sortir de l'état de nature et créent de façon rationnelle les règles de l'état civil.

[935] Voir, sur ce point, A. Esmein, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, 8e éd, Paris, L. Tenin, vol. 1, 1927, p. 606 : La constitution « *a été fixé à un jour donné par le souverain dans une rédaction écrite, voulue et combinée* ».

[936] Voir E. Boutmy, *Etudes de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 5 : « *Nos Constitutions révolutionnaires, notamment, sources et modèles de toutes les autres, se présentent axiomes en tête, comme des démonstrations savantes, comme des classifications étudiées ; ce sont toutes des œuvres d'art et de raison* ».

Voir par ailleurs sur ce point, M. Hauriou, *Précis élémentaire de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 80 : « *Les constitutions de type européen sont généralement assez courtes, les matières y sont distribuées dans un ordre*

représente l'expression de la volonté unilatérale du peuple d'enfermer l'Etat dans le droit[937] et peut être considérée en ce sens, comme une loi[938].

En dernière analyse, l'ensemble de ces éléments théoriques peuvent être illustrés par la Constitution de 1791, fondement empirique de la pensée théorique sur le constitutionnalisme écrit[939].

D'une façon générale, elle représente la consécration dans le droit positif, des conséquences de principes universels tirés de la nature des choses. Précisément, si le pouvoir constituant originaire n'obéit à aucune règle préétablie lorsqu'il s'apprête à fonder un ordre constitutionnel nouveau, son pouvoir est absolu et discrétionnaire, il n'en demeure pas moins que les individus puisent dans des règles, les grandes directions de la constitution. Ce droit antérieur à l'Etat, c'est le droit naturel et c'est en ce sens que l'Assemblée nationale constituante a pu proclamer dans l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 que : « *le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme*[940] ».

La constitution est ainsi, une création volontaire et rationnelle, en ce sens qu'elle est la consécration de principes préexistants que l'homme possède à l'état de nature. Elle n'est pas un produit naturel au sens d'organique[941] mais un texte qui consacre logiquement des

---

logique ; elles comprennent avant tout, les règles de l'organisation politique et gouvernementale de l'Etat, et, accessoirement, les principes des droits individuels ».

[937] Pour reprendre les termes du Professeur Olivier Beaud sur ce point, « *le pouvoir constituant est le pouvoir qui édicte l'acte de souveraineté, la constitution, qui instaure la différence entre le légal et l'illégal* ». Voir O. Beaud, *La puissance de l'Etat*, Paris, PUF, 1994, p. 221. Il ajoute, à propos de la forme de l'acte : « *Cette décision, relative à la forme d'existence politique de l'Etat, incombe à un seul et même pouvoir, le pouvoir constituant, dont les qualités inhérentes à la souveraineté sont l'unité, l'indivisibilité et l'inaliénabilité* ». *Ibid.*, p. 245.

[938] Voir, sur ce point, M. Hauriou, *Principes du droit public*, 2e éd., Paris, Sirey, 1916, p. 682 : *« Pour être un statut, la Constitution doit être une loi, parce que la loi est l'expression la plus haute du droit statutaire dans l'Etat, parce que la loi est une source du droit générale, qui s'adresse à tous et qui permettra le fonctionnement de la Constitution en relation avec tous les éléments du pays* ». Plus tard, le Professeur Beaud qualifie la constitution de « *décret de la raison imposant ses règles a priori aux évènements* ». Voir sur ce point, O. Beaud, *La puissance de l'Etat*, *op. cit.*, p. 202.

Dans le même sens, enfin, à propos des Etats-Unis, le Professeur Elisabeth Zoller démontre qu'à partir de la fameuse décision de la Cour suprême, *Marbury vs. Madison*, la constitution cesse d'être considérée comme un pacte entre Etats souverains et indépendants, pour devenir un « *acte législatif du peuple* ». Voir E. Zoller, « Contribution à la théorie de la fédération d'Etats », *RCADI*, 2003, t. 294, p. 94.

[939] Voir, sur ce point, R. Debbasch, « L'écriture de la constitution », *in* J. Bart, Cl. Courvoisier, M. Verpeaux (Dir.), Actes du colloque de Dijon, *1791, la première constitution française*, Paris, Economica, 1993, p. 111 et suiv ; voir également, M. Verpeaux, « 1791, première Constitution française ? », *RFDC*, 1993, p. 3.

[940] http://www.legifrance.gouv.fr/html/constitution/const01.htm

[941] Voir sur ce point, O. Beaud, *la puissance de l'Etat, op. cit.*, p. 200 : « *L'opposition « idéelle » porterait en dernière analyse sur la signification que chacune des écoles prête au mot de «nature ». A la conception artificielle ou rationaliste issue des Lumières s'opposerait la conception naturelle ou organique, qui à la suite de Montesquieu ou de Hegel, conçoit la constitution davantage comme l'esprit d'un peuple façonné au cours des siècles que comme le résultat d'un acte de détermination humaine* ».

principes en vue de la préservation des droits et libertés. Cette thèse de la nature rationnelle de la constitution signifie donc que c'est la raison et la démonstration logique qui ont permis l'élaboration du texte. La raison, dont tous les hommes sont doués à l'état de nature, permet de matérialiser un ensemble de principes universels dans la mesure où elle renvoie à toute connaissance qui se trouve de façon *a priori* dans la pensée[942]. Techniquement, il est communément admis que l'adjonction de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 à la Constitution de 1791 vise à assurer le passage de la déclaration solennelle des droits, vers leur garantie effective au sein des règles positives qui encadrent la vie de l'Etat.

Par conséquent, la théorie du constitutionnalisme en France, adossée à la première Constitution française, identifie la constitution comme une loi émanant du peuple souverain et qui, au travers d'un texte unique et situé dans le temps, présente un fort degré de complétude. Rompant totalement avec l'ordre ancien, elle est le résultat d'une volonté rationnelle qui consiste à appliquer des principes antérieurs en vue de permettre la limitation de l'exercice du pouvoir et la préservation de la liberté politique.

B/ Le critère de la structure des textes constitutionnels : l'exemple des déclarations des droits

Il apparaît intéressant de mettre en perspective deux textes ayant un même objet, consacrer formellement les droits et libertés individuelles, et de les évaluer eu égard à leur structure et aux mots utilisés au sein des textes. Précisément, il s'agit de mettre en perspective le « *Bill des droits* » anglais de 1688 (1) et la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (2).

Sur l'ensemble de cette question, voir P. Bastid, *L'idée de Constitution*, Paris, Economica, 1985, p. 11 et suiv. Voir spéc., p. 14 : « *Les écrivains du XVIIIe siècle développeront abondamment ce thème, qui deviendra classique, et auquel Rousseau communiquera le prestige de sa dialectique et son style. On est alors en pleine frénésie de constructions purement rationnelles. Il semble que tout doive dépendre dans l'organisation politique de la libre volonté des hommes* ».

[942] Sur la définition du rationalisme, voir A. Lalande (Dir.), *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, PUF, Quadrige, p. 889 et suiv. Il peut s'agir d'une « *doctrine d'après laquelle toute connaissance certaine vient de principes irrécusables, a priori, évidents dont elle est la conséquence nécessaire, et, d'eux seuls, les sens ne pouvant fournir qu'une vue confuse et provisoire de la vérité* ». Dans le même sens, on entend par rationalisme une « *doctrine d'après laquelle l'expérience n'est possible que pour un esprit possédant une raison, c'est-à-dire un système de principes universels et nécessaires organisant les données empiriques* ».

1/ La logique du texte de la Déclaration anglaise de 1688 : les circonstances réelles du fonctionnement des institutions politiques

Durant son règne, Jacques II prend un certain nombre de mesures qui tendent à diffuser et à valoriser le catholicisme dans l'ensemble du pays[943]. Entre autres, il nomme des catholiques à de nombreuses fonctions ou fait adopter des lois d'indulgence et de liberté religieuse. Devant la menace de voir la religion catholique s'enraciner, notamment le spectre d'un accès au trône du fils catholique de Jacques II, les protestants font appel à Guillaume d'Orange, protestant et mari de l'une des filles du Roi[944], afin qu'il court-circuite cette succession. Provoquant la fuite de Jacques II, cette conjoncture permet au Parlement de déclarer le trône vacant et surtout, de l'attribuer à Guillaume et son épouse Marie. Néanmoins avant leur investiture, le Parlement prend soin de leur imposer de souscrire au texte de la Déclaration dans le but de limiter le pouvoir royal.

Imprégné des réalités factuelles, le texte du « *Bill des droit* » traduit fidèlement le cours des évènements politiques. Intitulée plus précisément, « *loi ayant pour objet de déclarer les droits et libertés des sujets et d'établir la succession de la Couronne*[945] », la Déclaration de 1688 symbolise dès son titre, son caractère pragmatique et circonstanciel.

Le premier paragraphe du texte est rédigé de la façon suivante : « *Attendu que feu le roi Jacques II, par le concours de plusieurs conseillers malfaisants, juges, et ministres employés par lui, a entrepris de subvertir et d'éradiquer la religion protestante, et les lois et libertés de ce royaume*[946] ». A partir de ce constat général, la Déclaration s'efforce de démontrer de façon précise, quels sont les faits qui permettent de considérer que l'exercice du pouvoir sous Jacques II, va dans le sens d'une violation des lois du royaume. Pour cette raison, la première partie du texte s'attache à recenser l'ensemble des griefs qui peuvent être imputés à Jacques II, sous la forme d'une liste exhaustive et très détaillée des faits qui peuvent lui être

[943] Voir, sur ce point, E. Zoller, *Introduction au droit public*, Paris, Dalloz, 2006, p. 80 et suiv. Voir spéc., p. 81 : « *Jacques II entrepris de ramener le catholicisme dans le pays. Il suspendit les lois adoptées contre les catholiques, les ramena aux postes de pouvoir, rappela les Jésuites, nomma des catholiques dans les paroisses, les Universités, les tribunaux, l'armée, et publia une déclaration d'indulgence, tout ceci contre la volonté d'une grande majorité de la nation opposée à cette politique* ».
[944] *Ibid.*
[945] Voir S. Rials, *Textes constitutionnels étrangers*, 12e éd., Paris PUF, 2005, p. 9 et suiv.
[946] *Ibid*., p. 9-10.

imputés[947]. Par exemple, la Déclaration précise que « *En assumant et exerçant un pouvoir de dispense et de suspension des lois et de leur exécution, sans le consentement du Parlement - En mettant en accusation et en jugeant plusieurs dignes prélats, au motif qu'ils avaient demandé par pétition d'être dispensés d'apporter leur concours à l'exercice de ce pouvoir. - En édictant et ordonnant l'exécution d'une ordonnance sous le Grand Sceau pour l'établissement d'une juridiction appelée la cour des commissaires pour les affaires ecclésiastiques* (…) *Tous ces comportements sont intégralement et directement contraires aux lois et statuts connus, et à la liberté de ce Royaume*[948] ».

Le second paragraphe quant à lui, rédigé dans des termes qui rappellent le style d'une décision judiciaire[949], prévoit qu'à partir du moment où Jacques II est considéré comme ayant abdiqué du pouvoir, le trône vacant revient légitimement à Guillaume d'Orange. Cette investiture, précise la Déclaration, est soumise à l'engagement solennel du roi en faveur du respect d'un certain nombre de droits durant son règne. Décidés par le Parlement, ces droits ont pour but d'assurer aux citoyens un rempart à l'exercice du pouvoir, pour que « *leur religion, leurs lois et leurs libertés ne soient plus à nouveau en danger d'être subvertis*[950] ».

Il s'ensuit une liste de droits qui s'imposent, de façon inconditionnée, au pouvoir royal. Matériellement, les treize articles du « *Bill des droits* » constituent une réponse aux évènements produits pendant le règne de Jacques II. Par exemple, comme il a été constaté que le Roi s'est octroyé par le passé un pouvoir de modulation des effets d'une loi sans le consentement du Parlement, il est rappelé que « *le prétendu pouvoir de l'autorité royale de suspendre les lois ou l'exécution des lois sans le consentement du Parlement est illégal*[951] ». De la même façon, comme il a été constaté que le Roi utilisait l'argent pour le seul usage de la Couronne et sans le consentement du Parlement, il est rappelé que « *le fait de prélever de l'argent pour la Couronne ou pour son usage, sans autorisation parlementaire, et pour une longue durée est illégal*[952] ».

---

[947] Voir, sur ce point, E. Zoller, *Introduction au droit public*, *op.cit.*, p. 81 : « *Il commence par énumérer les méfaits de Jacques II, comportements qui sont tous « intégralement et directement déclarés contraires aux lois et statuts connus, et à la liberté de ce royaume* ».
[948] S. Rials, *Textes constitutionnels étrangers*, *op.cit.*, p. 10.
[949] *Ibid.*, p. 10 : « *Attendu que ledit roi défunt Jacques II ayant renoncé au gouvernement,* (…) ».
[950] *Ibid.*
[951] *Ibid.*, p. 11.
[952] *Ibid.*

Finalement ainsi, ces droits apparaissent de façon négative, en ce qu'ils sont identifiés en réaction aux dérives du pouvoir royal. Antérieurs à la Déclaration, les droits sont recherchés dans l'histoire et la tradition[953], les « *antiques droits et libertés*[954]» sont rappelés solennellement par le Parlement, soucieux de montrer qu'il existe des droits opposables aux institutions monarchiques en général et à la pratique de la monarchie sous le règne de Jacques II en particulier. Œuvre de circonstance[955], la Déclaration adapte les droits anciens au fonctionnement des institutions de son temps. Compte tenu des évènements politiques présents, le Parlement, « *comme leurs ancêtres ont toujours fait dans les cas similaires*[956] », tient à rappeler que le régime repose sur des droits et libertés antérieurs et toujours en vigueur. Symbole de l'évolution naturelle et continue des institutions[957], la Déclaration redéfinit le « *contrat* » institutionnel et légal avec la Couronne en réaction au passé récent[958]. Redéfinis de façon pragmatique, les anciens droits sont directement opératoires à la réalité des relations entre la Couronne et le Parlement.

Par conséquent, en imposant au futur monarque, qu'il a choisi, d'adhérer à un certain nombre de règles dans le fonctionnement des institutions et garantissant les droits et libertés, le Parlement anglais organise une monarchie constitutionnelle modérée[959]. Dorénavant, le Roi doit gouverner avec le Parlement et il s'agit là de l'émergence de la souveraineté du Parlement, grand principe du droit constitutionnel anglais.

D'un point de vue formel et dans l'organisation du texte pour finir, c'est la réalité des évènements qui permet d'en apprécier la cohérence. L'énoncé des droits ne répond d'aucun ordre logique, mais correspond à une liste pratique en réponse à la réalité du pouvoir. Au

---

[953] Voir E. Boutmy, *Etudes de droit constitutionnel*, Paris, E. Plon, Nourrit et Cie, 1885, p. 67 : « *L'effet de perspective cherché par les Anglais de 1688 consiste à faire arriver lentement toutes leurs libertés du bout de l'horizon et du fond de l'histoire nationale* ».

[954] S. Rials, *Textes constitutionnels étrangers, op.cit.*, p. 10.

[955] Voir E. Boutmy, *Etudes de droit constitutionnel, op.cit.*, p. 69 : « *Chacune des 13 dispositions qui figurent dans le texte de 1688 a pour unique objet de parer à un inconvénient signalé par la pratique récente. Aucune ne procède d'une conception générale de la matière* ».

[956] S. Rials, *Textes constitutionnels étrangers, op. cit.*, p. 10.

[957] Voir, sur ce point, E. Boutmy, *Etudes de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 59-60 : « *Dans la discussion, le préambule et le texte, il n'est question que de traditions et d'origines, nullement de principes et d'axiomes*. » Voir également, p. 62 : « *Ce n'est pas là une théorie qui donne ses raisons ; c'est une antique propriété qui produit ses titres* ».

[958] Le texte de la Déclaration précise que le futur roi prête serment à la Déclaration. Voir S. Rials, *Textes constitutionnels étrangers, op.cit.*, p. 11.

[959] Voir E. Zoller, *Introduction au droit public, op.cit.*, p. 81 : « *Le Bill of Rights marque un grand moment dans l'histoire constitutionnelle anglaise ; il signe une véritable révolution dans la mesure où il est clair que, par cet acte, c'est le Parlement qui choisit la monarchie, qui désigne son monarque et qui le met sur le trône aux conditions de son choix* ».

fond, si l'exercice réel du pouvoir avait été différent, le Parlement aurait peut être identifié d'autres droits inscrits dans l'histoire et la tradition constitutionnelles nationales.

2/ La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : penser les principes universels de la meilleure société politique

C'est une véritable césure qui se produit en France en 1789, dans la mesure où l'on souhaite détruire totalement les institutions monarchiques et repenser dans son intégralité, le fonctionnement de la société politique[960]. Dans la pensée des révolutionnaires, l'ordre ancien représente le contre-exemple du nouvel ordre politique et constitutionnel[961].
En conséquence, l'année 1789 rompt avec l'évolution naturelle des institutions[962] et constitue une illustration de la table rase[963]. Pour autant, cette volonté de rupture emporte une conséquence importante. A partir du moment où ce ne sont pas la continuité, l'expérience et la tradition qui fondent la matière première de la réflexion sur l'organisation et le fonctionnement des pouvoirs publics, il y a un effort conceptuel considérable à effectuer pour

---

[960] Voir V. Constantinesco, S. Pierré-Caps, *Droit constitutionnel*, 4e éd., Paris, PUF, 2009, p. 106 : « *De 1789 à 1791, la France détruit la monarchie de l'Ancien Régime, c'est- à- dire un système de pouvoir fondé sur l'affirmation que le roi est lieutenant de Dieu et que le pouvoir doit être concentré entre ses mains. Si la France est aussi le seul pays au monde où l'on oppose l'Ancien et la Nouveau Régime cela tient, pour l'essentiel, à ce que cette opposition est au principe d'une nouvelle légitimité du pouvoir politique, tout entière fondée sur la nation* ».

[961] En pratique, à l'effacement de l'individu au profit du groupe, le pouvoir constituant pense l'individualisme ; à l'origine divine du pouvoir, il institue une source exclusivement humaine ; aux Lois Fondamentales du Royaume, il crée un droit écrit; à la confusions de l'ensemble du pouvoir entre les mains d'un unique détenteur, il organise la séparation des pouvoirs. Voir par exemple sur ce point, G. Jellinek, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Contribution à l'histoire du droit constitutionnel moderne*, Paris, Fontemoing, 1902, p. 2 : « *La littérature du droit public ne connaissait, jusque là, que les droits des chefs de l'Etat, les privilèges des classes, des particuliers ou de certaines corporations. Les droits généraux des sujets n'apparaissaient que sous forme de devoirs de l'Etat, mais ne constituaient pas, pour l'individu, des titres caractérisés de droit. Ce n'est que par la déclaration des droits de l'homme que s'est formée, dans toute son ampleur, en droit positif, la notion de droits subjectifs du citoyen vis-à-vis de l'Etat, notion qui, jusqu'alors, n'était connu que du droit naturel* ».

[962] Là est une différence essentielle avec l'Angleterre qui ne fait que réactualiser les anciens principes de la vie politique et puise toujours dans les racines de son histoire le droit applicable. En ce sens fondation signifie archéologie chez les anglais, instauration en France : voir par exemple sur ce point, N. Col, *Burke, le contrat social et les révolutions*, Rennes, PUR, 2001, 280 p. **:** « *L'histoire anglaise se veut concrète et n'a pas besoin de recourir à l'hypothèse de travail d'un contrat social fondé sur l'universalité d'un droit abstrait* ».
Voir par ailleurs sur ce point, A. De Tocqueville, *L'Ancien régime et la Révolution*, Paris, Garnier-Flammarion, 1988, 388 p. Voir Avant propos : « *Les français ont fait en 1789 le plus grand effort auquel se soit jamais livré aucun peuple, afin de couper pou ainsi dire leur destinée, et de séparer par un abîme ce qu'ils avaient été jusque là de ce qu'ils voulaient être désormais. Dans ce but, ils ont pris toutes sortes de précautions pour ne rien emporter du passé dans leur condition nouvelle ; ils se sont imposés toutes sortes de contraintes pour se façonner autrement que leurs pères ; ils n'ont rien oublié enfin pour se rendre méconnaissables* ».

[963] Voir E. Walch, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen et l'Assemblée constituante. Travaux préparatoires*, (th.), Paris, Henry Jouve, 1903, p. 23 : « *Ce que l'Assemblée voulait en général, c'était la doctrine cartésienne de la table rase appliquée à la politique, c'était une Constitution fondée sur les bases éminentes de la raison, c'est à dire la régénération nationale et non la restauration* ».

rationaliser les changements. Placé en dehors des évènements réels du pays et en dehors des institutions du passé, l'ordre nouveau doit s'efforcer de construire rationnellement les relations entre le pouvoir et les citoyens. Sur ce point, la Déclaration des droits de l'homme a trouvé dans le droit naturel, le fondement d'un nouvel ordre constitutionnel.

L'intitulé de la Déclaration suppose d'emblée, deux sortes de droits, des droits civils (« *Déclaration des droits de l'homme* ») et des droits politiques (« *Déclaration du citoyen* »)[964]. Dans le fond, le texte de la Déclaration prétend dresser une liste universelle de droits, détenus par les individus quelles que soient les conditions de temps et de lieux. Pour reprendre les termes d'Armand Depper sur ce point, les révolutionnaires « *se sont fait les interprètes du genre humain*[965] ».

Ainsi, la Déclaration vise à reconnaître et exposer les droits que l'homme tient de la nature. Ces derniers ne dépendent pas d'une décision de la part des autorités publiques, ils sont impliqués par la qualité même d'être humain et de membres d'un corps politique[966]. La liberté a donc le caractère d'une loi naturelle commune à tous les hommes et le texte qui le proclame, tend à l'universalisme. Ce que la déclaration entend établir, ce n'est pas simplement la proclamation des droits du citoyen français, mais la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen en soi, quel que soit le système politique auquel il appartient.

Sur ce dernier point, les termes employés par l'Assemblée Nationale constituante suggère cet aspect d'universalité. Précisément, la Déclaration prévoit que « *toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution* » ou que « *le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme*[967] ». Les droits dépassent donc le temps et les nations, seules les combinaisons d'institutions destinées à les mettre en œuvre forment des singularités étatiques.

---

[964] Voir, sur ce point, A. Depper, *Commentaire de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et de 1793 à l'usage de l'Enseignement primaire, des Cours d'Adultes et d'Adolescents*, Paris, Gedalge, 1902, p. 19 et suiv. Cet ouvrage fait suite à la diffusion de la Déclaration au sein des écoles publiques du pays.

[965] *Ibid.*, p. 20. Plus précisément, il s'agit de rappeler qu'il existe des droits naturels et antérieurs à la Déclaration et qui s'imposent au-delà de toute proclamation textuelle. C'est la raison pour laquelle Armand Depper identifie la Déclaration comme un « *manifeste* ». Il relève, à cet égard, qu'il s'agit d'un « *acte par lequel ils ont enlevé le voile derrière lequel étaient cachés depuis très longtemps les droits dont les rois avaient dépouillés les peuples* ». *Ibid.*, p. 21.

[966] Par exemple, article 2 : « *Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression* ».

[967] Parallèlement la Déclaration des devoirs de l'an III précise dans son article 1er que « *la déclaration des droits contient les obligations des législateurs* » et pas seulement du législateur national. Voir http://mjp.univ-perp.fr/france/co1795.htm

Rigoureusement organisée dans la forme, la Déclaration précise de façon explicite l'objet et les motifs du texte[968]. Après avoir rappelé que « *l'ignorance, l'oubli ou le mépris des droits de l'homme sont les seules causes des malheurs publics et de la corruption des gouvernements*[969] », l'Assemblée constituante entreprend de « *exposer dans une Déclaration solennelle, les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'homme*[970]». Davantage, considère l'Assemblée, la nécessité d'inscrire ces droits dans un texte, vise trois objectifs précis : lier les pouvoirs publics dans l'exercice de leurs compétences[971], instaurer un contrôle social de l'activité des pouvoirs publics[972] et enfin, s'assurer que la volonté du peuple à travers la constitution future soit toujours respectée[973].

Dans le fond, la Déclaration est composée de dix-sept articles qui se suivent et qui sont organisés en paragraphes. Les différents droits sont énoncés dans des formules générales qui matérialisent le défi de fonder sur des principes fixés de façon *a priori*, une nouvelle organisation politique. Relativement simple et exprimée en termes clairs, la formulation choisie par l'Assemblée correspond à la volonté de faire savoir à l'ensemble des individus, qu'ils sont détenteurs de droits et libertés opposables à un tiers privé ou public[974] et qu'ils peuvent au besoin, en réclamer l'application[975].

Enfin, la généralité des principes prévus par la Déclaration sont le signe d'un raisonnement déductif . Il s'agit de faire précéder la Constitution d'une Déclaration qui énumère les droits fondamentaux de l'individu (liberté, sûreté, propriété et droit de résistance à l'oppression) et certains principes généraux d'organisation du pouvoir politique (souveraineté nationale,

---

[968] Sur le Préambule de la Déclaration, voir G Koubi, R. Romi, « Préambule », *in* G. Conac, M. Debène, G. Teboul, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Histoire, analyses et commentaires*, Paris, Economica, 1993, p. 55 et suiv. Voir spéc., p. 56 : « *le Préambule explique et justifie le choix d'une rédaction de la déclaration des Droits préalable à une Constitution, comme il énonce les fondements et le contenu de cette rupture* ».

[969] http://www.legifrance.gouv.fr/html/constitution/const01.htm

[970] *Ibid.*

[971] *Ibid.* :« *Afin que cette déclaration, constamment présente à tous les Membres du corps social, leur rappelle sans cesse leurs droits et leurs devoirs* ».

[972] *Ibid.* :« *Afin que leurs actes du pouvoir législatif, et ceux du pouvoir exécutif, pouvant être à chaque instant comparés avec le but de toute institution politique, en soient plus respectés* ».

[973] *Ibid.* :« *Afin que les réclamations des citoyens, fondées désormais sur des principes simples et incontestables, tournent toujours au maintien de la Constitution et au bonheur de tous* ».

[974] Voir A. Depper, *Commentaire de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et de 1793 à l'usage de l'Enseignement primaire, des Cours d'Adultes et d'Adolescents*, *op. cit.*, p. 28 : « *Le Constituante formulait donc le vœu de voir les citoyens s'intéresser vivement aux affaires publiques, apprécier les actes des fonctionnaires et des législateurs, pour rechercher si ces actes sont conformes à leur qualité, à leurs droits d'hommes libres et égaux. Elle invitait le peuple à faire usage de ses droits pour les sauvegarder et tirer de ces réflexions un respect raisonné et d'autant plus sincère, des lois et règlements* ».

[975] Conformément aux prescriptions du Préambule.

séparation des pouvoirs) comme fondement des règles d'organisation et de fonctionnement des pouvoirs publics, traduits ensuite dans la Constitution de 1791[976]. La première Constitution française doit déduire toutes les conséquences juridiques de l'application de ces principes fixés en amont[977].

Une fois de tels critères élaborés, il s'agit dorénavant de les appliquer aux trois dernières constitutions qu'a connues la France et de faire ainsi apparaître, s'il s'agit de « *constitutions empiriques* » ou au contraire, de « *constitutions conceptuelles* ».

Section 2/ L'élaboration des constitutions françaises, une démarche empirique

En France, la présomption selon laquelle toute constitution procède toujours de la volonté du pouvoir constituant, de consacrer un certain nombre de principes juridiques aux conséquences logiques, est largement relayée par la doctrine. En effet, à partir de l'ouvrage d'Adhémar Esmein tout entier construit sur l'idée qu'il existe « *un fond commun de principes et d'institutions*[978] » au fondement des constitutions d'inspiration libérale, les manuels,

---

[976]http://mjp.univ-perp.fr/france/co1791.htm#co: « *L'Assemblée nationale, voulant établir la Constitution française sur les principes qu'elle vient de reconnaître et de déclarer, abolit irrévocablement les institutions qui blessaient la liberté et l'égalité des droits* ».

[977] Les premières constitutions américaines sont élaborées de la même manière. Voir sur ce point, J. Laferrière, *Manuel de droit constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 1943, p. 21: « *les constitutions particulières que les Etats s'étaient données à partir de 1776, présentaient, soit en la forme, soit au fond, un certain nombre de caractères qui étaient de nature à intéresser les constituants français. Ces constitutions des Etats américains avaient tout de suite attiré l'attention en France et plusieurs traductions furent publiées pendant les années de Révolution : Système des Constitutions écrites rigides ; distinction des lois constitutionnelles et des lois ordinaires et supériorité des 1re sur les 2nde ; distinction de l'organe législatif et de l'organe constituant et intervention du peuple dans la confection de la Constitution, voilà un 1er domaine où l'exemple américain allait, sur la plupart des points, fournir des modèles directs à la Révolution française. Toutes ces constitutions contenaient des déclarations des droits, qui énuméraient un certain nombre de droits appartenant aux individus, en les présentant comme des droits naturels, inhérents à la nature même de l'homme antérieurs et supérieurs à la législation positive, celle-ci étant faite pour assurer aux individus le respect et la protection de ces droits naturels (= affirmation des libertés individuelles , conçues comme des droits naturels de l'homme antérieurs à l'Etat, limitation de son action et dont la protection est la raison même du gouvernement : il y a là un modèle direct pour la déclaration des droits de 1789)* ». p. 33 : *«A la base des constitutions américaines figurait la proclamation solennelle d'un certain nombre de principes ou de conception générales de la science politique, dont les institutions qu'elles établissaient étaient présentées comme des conséquences* ». Par exemple, la constitution du New Jersey de 1777, « *les pouvoirs du gouvernement sont constitués de trois départements distincts : le législatif, l'exécutif et le judiciaire* ». La séparation des pouvoirs étant ainsi conçue comme un principe ; Constitution de Maryland : « *les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire du gouvernement doivent toujours être séparés et distincts ; quiconque exerce des pouvoirs de l'un de ces départements ne pourra jamais exercer les pouvoirs d'un autre* », cela disait la constitution du Massachusetts, « *afin que le gouvernement soit un gouvernement des lois et non un gouvernement des individus* ».

[978] Voir A. Esmein, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, vol. 1, 8e éd., Paris, Sirey, 1927, p. 75.

perpétuant cet héritage intellectuel, identifient toujours clairement ces principes. Ainsi, pour ne prendre que quelques exemples[979], Marcel Prélot relève que c'est le régime représentatif qui est consacré en 1791, en l'an III ou en 1848, alors qu'en 1793, en 1875 ou en 1946, la constitution consacre un régime de démocratie semi- directe[980]. Plus récemment, le Professeur Bernard Chantebout montre que seules trois constitutions, en 1791, en l'An III et en 1848, ont appliqué les « *idées de Montesquieu* » et l'instauration d'une séparation stricte des pouvoirs[981]. Pour un dernier exemple, enfin, le Professeur Pierre Pactet considère, qu'à l'exception de la Constitution de 1793, toutes les constitutions nationales ont appliqué le principe de souveraineté nationale, par opposition au principe de souveraineté populaire[982].

Pourtant et à rebours, il semble que ce sont davantage des raisons politiques[983] et qui tiennent aux circonstances particulières du moment, qui déterminent la volonté réelle du pouvoir constituant dans l'élaboration d'une constitution. Précisément, en utilisant les critères théoriques qui permettent d'identifier une « *constitution conceptuelle* » et une « *constitution empirique*[984] », le propos tend à montrer que, pour les trois dernières constitutions qu'a connues la France, ce sont davantage les caractéristiques d'une « *constitution empirique* » qui s'appliquent[985].

---

[979] De nombreux exemples pourraient venir épauler cette liste et montrer que la doctrine raisonne, le plus souvent, comme si la constitution était le fruit d'une « *volonté juridique* » logique et conforme aux constructions qui forment l'armature du droit constitutionnel général.

[980] Voir M. Prélot, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 2e éd., Paris, Dalloz, 1961, p. 268 et suiv.

[981] Voir B. Chantebout, *Droit constitutionnel*, 23e éd., Paris, Sirey, 2006, p. 120 et suiv.

[982] Voir P. Pactet, F. Mélin-Soucramanien, *Droit constitutionnel*, 25e éd., Paris, Dalloz, 2006, p. 85 et suiv.

[983] A cet égard, les quelques monographies qui ont pour objet l'étude de la naissance d'une constitution en France, suggèrent cet aspect. Ainsi, la ligne éditoriale de la collection « *Histoire des constitutions de la France* ». dirigée par MM. Badinter et Maus et qui a pour objet d'analyser telle ou telle constitution en particulier, est la suivante : « *En deux siècles, treize constitutions se sont succédées en France. Or une constitution n'est pas qu'un instrument juridique. Elle exprime toujours une certaine conception du pouvoir et de l'Etat, et traduit un rapport de forces politiques. D'où l'intérêt d'une Histoire des Constitutions, conçue non pas en termes de droit constitutionnel, mais comme un révélateur des idées et des forces politiques en France depuis la Révolution* ». Voir, par exemple, le 4e de couverture *in* Fr. Luchaire, *Naissance d'une constitution : 1848*, Paris, Fayard, 1998, 274 p.
Parallèlement, c'est sous la plume d'un Professeur de science politique que l'on dispose d'une étude sur la naissance de la Ve République. Voir B. François, *Naissance d'une constitution. La Cinquième république, 1958-1962*, Paris, Presses de Sciences Po, 1996, 263 p.
Pour la défense d'une analyse juridique, voir O. Beaud, *La puissance de l'Etat*, Paris, PUF, 1994, p. 210: « *La grande majorité de la doctrine juridique a négligé l'étude du pouvoir constituant comme auteur de la constitution ou de l'acte constituant. Pour s'en tenir à la seule doctrine constitutionnelle française, elle succombe à une étrange contradiction en se concentrant, d'un côté, sur la notion de constitution comme acte juridique, et en négligeant, de l'autre côté, le pouvoir constituant* ».

[984] Voir *Supra*.

[985] Si l'étude des travaux préparatoires permet de dégager, avec précision, le sens et la légitimité des mots retenus dans le texte comme la méthode retenue pour construire une constitution, ramenée à la démonstration, elle permet, surtout, de considérer que le constitutionnalisme contemporain français ne correspond pas à une œuvre unilatérale, rationnelle et conceptuelle. Rappelant certains traits des premiers textes empiriques anglais,

D'abord, et l'exemple de la constitution de la IIIe République est très éclairant sur ce point, la constitution prend parfois des allures de contrat, fruit d'un compromis entre des volontés divergentes (§1). Ensuite, l'analyse des travaux préparatoires de la Constitution de 1946 et de la Constitution de 1958, permet de considérer que les principes généraux du droit constitutionnel, qu'ils soient écartés ou consacrés dans le texte final, sont discutés sous un angle pragmatique et pratique (§2).

§1/ La conclusion d'un « contrat politique » entre monarchistes et républicains : la promulgation des Lois constitutionnelles de 1875

Singulières dans l'histoire constitutionnelle nationale, les lois constitutionnelles de 1875 se contentent d'organiser techniquement les règles d'organisation et de fonctionnement des pouvoirs. Surtout, elles sont le fruit de concessions réciproques entre des partis aux désirs antagonistes, les monarchistes et républicains, et elles s'apparentent en ce sens, à un véritable « *contrat constitutionnel* » (A). Par-delà l'opposition entre les républicains et les monarchistes[986], les Lois constitutionnelles traduisent également dans le droit, la pensée de deux auteurs qui ont eu une influence manifeste dans les rangs de l'Assemblée[987], le Duc Victor de Broglie et Lucien-Anatole Prévost-Paradol. Publiés à la chute de l'Empire, les deux ouvrages démontrent avec vigueur que l'objectif essentiel de la future constitution est dans la

---

les constitutions de 1875, 1946 et 1958, matérialisent la consécration dans le droit, d'un pacte qui puise ses racines dans l'histoire et s'explique pour des raisons politiques ou en lien avec les circonstances du moment.
Sur l'utilisation des travaux préparatoires, Le Professeur Bastien François relève qu'ils permettent de situer l'analyse « *au plus près de l'action, au cœur du moment constituant* ». Voir B. François, *Naissance d'une Constitution : la cinquième République*, *op. cit.*, 1996, p. 139. Il ajoute, « « *le recours aux travaux préparatoires signifie d'abord la possibilité de nourrir la Constitution de significations qui n'apparaissent pas immédiatement dans le texte. Avant que des sédimentations successives de sens viennent établir durablement l'intelligibilité du texte constitutionnel, les « travaux préparatoires » permettent de saisir immédiatement « l'intention du constituant », autrement dit la signification même du changement constitutionnel mais aussi les principes qui doivent être retenus pour engager les premiers usages du texte constitutionnel*».

[986] La doctrine qui a analysé la constitution de l'An III, parvient à des conclusions relativement similaires. Elle serait le résultat de la volonté des Thermidoriens de se maintenir au pouvoir. Coupés entre la droite et la gauche, ceux-ci n'auraient eu tête que d'exister en évitant un retour à la monarchie et en maintenant à l'écart les jacobins, auxquels ils sont opposés depuis l'élimination de Robespierre. La théorie constitutionnelle aurait moins préoccupé les auteurs de la constitution, que la mise en place de mécanismes qui leur permet de se maintenir au pouvoir. Pour une vue d'ensemble des auteurs qui défendent cette idée, voir, not. O. Passelecq, « Actualité de la Constitution de l'an III », *in* G. Conac, J-P. Machelon, J. Imbert (Dir.), *La Constitution de l'an III. Boissy d'Anglas et la naissance du libéralisme constitutionnel*, Paris, PUF, 1999, p. 76 et suiv ; D. Maus, « L'image de la Constitution de l'an III dans les manuels de droit constitutionnel », *in* F. Naudin-Patriat (Dir.), *La constitution de l'an III ou l'ordre républicain*, Dijon, EUD, 1998, p. 418.

[987] Sur l'influence des deux auteurs et la diffusion de leurs pensées, voir J. Barthélemy, P. Duez, *Traité de droit constitutionnel* (1926), Paris, LGDJ, Editions Panthéon Assas, 2004, p. 46.

consécration de mécanismes propres à garantir la liberté politique. Pour mener à bien cet objectif, la question de la nature du régime politique[988] est sans conséquence véritable[989] (B).

A/ La constitution, un œuvre de « transaction politique »

En préface de son ouvrage *Esprit de la constitution du 25 février 1875*[990], Léonce Ribert défend l'idée selon laquelle l'Assemblée constituante ne s'est inspirée d'aucune méthode[991]. Pour l'auteur essentiellement, les Lois constitutionnelles de 1875 ne sont pas le résultat d'une théorie abstraite de gouvernement ou la consécration d'un régime qui s'est imposé en amont dans les faits[992]. Située en marge de ces deux grandes alternatives méthodologiques, la Constitution aurait été élaborée sans méthode réelle.

En réalité, c'est la situation politique tout à fait particulière de l'époque, qui est le plus souvent invoquée[993] pour comprendre le processus constituant en 1875[994]. Plus précisément,

---

[988] Sur le premier, M. le Professeur Jean-Pierre Machelon relève qu'à la question de savoir s'il vaut mieux organiser une monarchie ou une république, « *Victor de Broglie, pragmatique, réaliste, attentif au « génie naturel des peuples », ennemi de la table rase comme de l'esprit de système, interroge longuement l'histoire constitutionnelle… et ne conclut pas* ». Voir J-P. Machelon, « Victor de Broglie et les Vues sur le gouvernement de la France », *in* L. Jaume (Dir.), *Coppet, creuset de l'esprit libéral*, Paris, Economica, 2000, p. 189. Pour le second, M. le Professeur Gicquel considère qu'il a « *contribué à développer le thème de l'indifférence à la forme du régime* ». voir J-E. Gicquel, « Les idées constitutionnelles de Prévost-Parandol », *RA*, 2000, p. 395.

[989] De nombreux auteurs, à l'époque, partagent et diffusent cette pensée. Voir not. sur ce point, E. Laboulaye, *Questions constitutionnelles*, Paris, Charpentier, 1872, p. 239 et suiv: « *Demander au pays de se prononcer entre la monarchie et la république, l'appeler à choisir un roi ou un président, c'est sans doute choses difficile, et qui peut mettre en éveil beaucoup d'ambitions ; mais, pour la France, la question est petite si le gouvernement constitutionnel est solidement organisé. La liberté sauvée, le reste est secondaire* ».
Pour une vue d'ensemble des auteurs qui défendent cette position, voir J-E. Gicquel, « Les idées constitutionnelles de Prévost-Paradol », *op.cit.*, p. 397 et suiv ; voir également, sur l'influence du Duc de Broglie auprès des partis de droite, J-P. Machelon, « Victor de de Broglie et les Vues sur le gouvernement de la France » , *op. cit.*, p. 188.
Sur les idées constitutionnelles développées sous le second Empire, voir J. Barthélemy, P. Duez, *Traité de droit constitutionnel* (1926), *op. cit.*, p. 47.

[990] L. Ribert, *Esprit de la constitution du 25 février 1875*, Paris, Germer Baillère, 1875, 312 p.

[991] Voir également sur ce point, J. Barthélemy, P. Duez, *Traité de droit constitutionnel*, *op.cit.*, p. 37 et suiv.

[992] L. Ribert, *Esprit de la constitution du 25 février 1875*, *op.cit.*, préface, p. 1 : « *La Constitution de 1875 ne se recommande pas par son origine : elle est l'œuvre d'une assemblée qui ne paraissait pas faite pour le rôle qu'elle s'est attribuée de donner à la France des institutions politiques. Aussi porte-t-elle l'empreinte des efforts mal dirigés qui ont présidé à son enfantement. On chercherait en vain la méthode suivie par ses auteurs : ils n'en ont suivi aucune ; ils ne se sont inspirés ni d'une conception théorique sur la meilleure forme de gouvernement, ni de la pratique même de cette forme de gouvernement qu'avaient produites les circonstances. Ils n'ont procédé ni à la façon des constituants français leurs prédécesseurs, ni à la mode anglaise ou américaine. Leur travail ne relève pas plus de l'expérience que de la raison* ».

[993] C'est-à-dire des motifs politiques et factuels.

[994] Les difficultés pour apprécier les conditions de formation de la constitution s'étendent jusque dans les rangs de l'Assemblée elle-même. Dès l'entame de son ouvrage « *Histoire de la constitution du 25 février 1875* », Louis Blanc se pose un certain nombre de questions : « *Comment se fait-il que des républicains doués du sens pratique aient jugé conforme à la nature des choses l'établissement d'un gouvernement républicain par une chambre monarchiste ? Par quel singulier renversement des rôles le fondateur de la République ou de ce qu'on*

seule l'attribution du pouvoir constituant à une Assemblée divisée d'un point de vue politique et idéologique et surtout, divisée quant à la nature du meilleur régime, la monarchie ou la république, constituerait une grille de lecture pertinente pour expliquer la naissance du texte de la Constitution et ses traits essentiels.

Elue le 8 février 1871, l'Assemblée nationale est confrontée à un vide constitutionnel total puisque l'Empire et ses institutions ont chuté quelques jours auparavant[995]. Seule dépositaire de l'ensemble des pouvoirs sur le territoire national[996], à la suite de la disparition du Gouvernement de la Défense nationale dès son élection, elle a surtout la compétence pour doter la France d'une nouvelle constitution. A ce propos, les troubles internes conduisent l'Assemblée à privilégier d'abord le bon fonctionnement des institutions provisoires[997] avant toute réflexion sur une nouvelle constitution.

Ainsi, c'est la République proclamée en 1870 qui permet, durant cette période transitoire, la continuité de l'Etat et de ses institutions. En pratique, l'Assemblée exerce le pouvoir législatif et organise un gouvernement[998] à la tête duquel, sont nommés Adolphe Thiers[999] puis, après sa démission en 1873, le Maréchal de Mac-Mahon[1000]. C'est donc sur les bases d'un régime

---

nomme ainsi – M. Wallon – a-t-il été le même qui, à quelques jours de là, votait la main-mise du clergé sur l'esprit des générations à venir, votait la résurrection de la main- morte, et contribuait de la sorte à nous faire reculer d'un siècle ? (…) *Comment expliquer que, dans le scrutin du 25 février, le nom de M. le duc de Broglie ait figuré à côté de celui de M. Gambetta, et que les royalistes du centre droit s'y soient confondus en masse avec les membres de l'Union républicaine ?* » Voir L. Blanc, *Histoire de la constitution du 25 février 1875*, Paris, Charpentier, 1882, p. 1 et suiv.

[995] Voir, sur ce point, A. Esmein, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, 8e éd, Paris, L. Tenin, vol. 1, 1927, p. 3-4 : « *Jamais après une révolution, le terrain, n'avait été plus libre de tout débris laissé par le régime antérieur* ».

[996] *Ibid.*, p. 4 : « *Elle pouvait, en droit, non seulement légiférer, mais aussi bien, si elle le voulait, exercer le pouvoir exécutif ou le pouvoir judiciaire, nommer et casser les administrateurs et les juges. Cela résultait nécessairement de ce qu'elle était le seul représentant légal de la souveraineté nationale et de ce qu'aucune constitution limitative ne restreignait ses attributions* ».

[997] Voir, sur ce point, L. Duguit, H. Monnier, *Les Constitutions et les principales lois politiques de la France depuis 1789*, 5e éd., Paris, LGDJ, 1932, p. CXX : « *Dans la situation où se trouvait le pays en février 1871, on ne pouvait statuer immédiatement sur la question constitutionnelle et fixer la forme définitive du gouvernement* ».

[998] Sur l'évolution du statut du Président et du gouvernement, voir A. Esmein, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, *op.cit.*, p. 9 et suiv. Voir également, G. Combredet, *Le vote des lois constitutionnelles de 1875 et les débuts de leur application*, th., F. Zaragozi, Blida, 1930, p.41 et suiv.

[999] Sur la nomination de Thiers par l'Assemblée, voir, par exemple, L. Duguit, H. Monnier, *Les Constitutions et les principales lois politiques de la France depuis 1789*, *op.cit.*, p. CXXI et suiv.

[1000] Ce dernier est désigné par une loi du 20 novembre 1873, pour une durée de sept ans. Voir A. Esmein, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, *op.cit.*, p. 17.

La loi du 20 novembre 1873, votée par l'Assemblée nationale, contient les deux articles suivants :

« *Article premier – Le pouvoir exécutif est confié pour sept ans au maréchal de Mac- Mahon, duc de Magenta, à partir de la promulgation de la présente loi ; ce pouvoir continuera à être exercé avec le titre de Président de la République et dans les conditions actuelles, jusqu'aux modifications qui pourraient y être apportées par les lois constitutionnelles* ». Article cité *in Ibid.*, p. 48.

républicain que fonctionnent les institutions[1001] sous l'impulsion d'une assemblée composée à titre principal, de monarchistes, de républicains et de bonapartistes[1002].

S'agissant du projet plus ambitieux d'élaborer une nouvelle constitution, dont la mission est attribuée à une commission de trente membres depuis la loi du 20 novembre 1873[1003], les différentes propositions n'ont de cesse d'être rejetées ou totalement vidées de leur sens initial, sous l'effet des discordes politiques et de visées opposées. La droite souhaite le maintien du septennat de Mac-Mahon permettant une restauration monarchique et la gauche souhaite consacrer définitivement, la république. Il s'ensuit une longue période d'immobilisme et d'impuissance à donner aux institutions un statut constitutionnel. Devant la nécessité d'élaborer une nouvelle constitution et de parvenir à réunir des visées divergentes, c'est finalement, au travers de négociations et de concessions réciproques que les choses évoluent dans l'année 1875.

Par-delà les dissidences, un accord pragmatique va être trouvé et il permet de réunir l'ensemble des partis. Dans la mesure où les institutions fonctionnent à l'heure présente, conformément au régime républicain et où toute tentative d'imposer une autre forme de régime s'avère impossible[1004], n'est-il pas préférable de centrer la réflexion sur la façon de penser le fonctionnement des institutions au sein d'une république[1005] ? En d'autres termes, puisque la République est d'ores et déjà instituée dans les faits et la pratique institutionnelle, l'enjeu des négociations est déplacé sur l'aménagement du gouvernement républicain,

---

[1001] Respectivement les lois Rivet du 31 août 1871, de Broglie de 1873 et sur le septennat du 20 novembre 1873 encadrent le régime provisoire. Sur cette évolution, voir J. Gicquel, J-E. Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 24e éd., Paris, Montchrestien, 2010, p. 454 et suiv.

[1002] Sur les différents courants politiques représentés à l'Assemblée, voir G. Combredet, *Le vote des lois constitutionnelles de 1875 et les débuts de leur application*, *op. cit.*, p. 33 et suiv.

[1003] *Ibid.*, p. 48. Voici comment est rédigé l'article 2 de cette loi : « *Dans les trois jours qui suivront la promulgation de la présente loi, une commission de trente membres sera nommée en séance publique et au scrutin de liste, pour l'examen des lois constitutionnelles* ».

[1004] Sur ce point, le discours de Laboulaye, à l'occasion de la présentation de son amendement, est très explicite. Après avoir insisté sur le fait qu'aucun autre régime n'a réussi à s'imposer, il relève : « *Nous voilà donc ramenés à la République. On nous dit : nous n'en voulons pas ; la République, c'est le désordre… Eh ! Messieurs, qu'a fait cette République provisoire qui existe depuis quatre ans ? A-t-elle menacé la propriété ? Est- ce la famille qui a été en danger ? Est-ce la religion ? Ce qui se passe aujourd'hui depuis quatre ans, se passera, nous l'espérons tous, pendant les six ans de la République provisoire que vous accordez au Maréchal Mac Mahon* ». Voir les arguments développés lors de la présentation de l'amendement de Laboulaye devant l'Assemblée au début de l'année 1875, cité *in* A. Ranc, *De Bordeaux à Versailles*, Paris, Decaux-Dreyfous, 1877, p. 311 et suiv.

[1005] L'Assemblée prend finalement la direction qu'Adolphe Thiers, alors Président de la République, préconise lors de la séance du 13 novembre 1872. Il déclare : « *La République existe, elle est le gouvernement légal du pays : vouloir autre chose serait une nouvelle révolution et la plus redoutable de toutes. Ne perdons pas notre temps à la proclamer ; mais employons- le à lui imprimer ses caractères désirables et nécessaires* ». Discours reproduit *in* J. Garrigues, J-L. Debré, *Les grands discours parlementaires de la Troisième République –de Victor Hugo à Clémenceau*, vol. 1, Paris, Armand Colin, 2004, p. 31.

beaucoup plus que sur son principe[1006]. C'est donc à partir de ce fond commun que chaque camp concentre dorénavant ses prétentions, c'est-à-dire des modalités d'aménagement des institutions républicaines[1007]. Pour les monarchistes, il s'agirait de prévoir une chambre conservatrice, le Sénat[1008], permettant de contenir la République[1009]. Juridiquement, en obtenant la possibilité d'une révision facile à mettre en œuvre, pourrait conduire à la restauration d'une monarchie[1010].

En traduisant ce compromis, c'est finalement l'amendement Wallon qui parvient à recevoir un vote favorable de la part de l'Assemblée et qui constitue la première pierre de la Constitution de la IIIe République. Il prévoit de façon explicite que « *Le Président de la République est élu à la majorité absolue des suffrages par le Sénat et la Chambre des députés réunis en Assemblée nationale. Il est nommé pour sept ans. Il est rééligible*[1011] ». A titre principal, et cela correspond à la pensée même de l'auteur de l'amendement, il s'agit de formuler juridiquement ce qui est, d'organiser dans le droit le fonctionnement des institutions à l'heure présente[1012]. Par la suite, les lois constitutionnelles organisant les pouvoirs publics sont adoptées[1013] dans une relative indifférence puisque l'essentiel, trancher entre la monarchie et la république[1014], est à présent réglé.

[1006] Sur ce point, la citation de Laboulaye, reprise par Maurice Deslandres, est significative : « *La République est-elle meilleure que la Monarchie ? Ce n'est pas la question ; La république n'est pas un idéal doctrinal, elle est un produit du fait » ; «si votre Monarchie est possible, faites- la, sinon consacrez le fait existant* ». Voir M. Deslandres, *Histoire constitutionnelle de la France*, Paris, Sirey, 1937, p. 331.

[1007] Sur les vertus fédératrices de la République, voir E. Laboulaye, *La République constitutionnelle*, Paris, Charpentier, 1871, p. 7 : « *Cette union, ce concours, la République seule peut l'amener en ce moment. Elle appelle à soi tout le monde, elle n'exclut personne. Légitimistes, impérialistes, orléanistes ont leur place dans ce gouvernement de la nation par elle- même. Un parti a pu renverser l'empire abandonné de tous et proclamer la République, mais l'établissement de la République ne sera pas l'œuvre d'un parti ; il n'y aura ni vainqueurs ni vaincus* ».

[1008] Sur la défense d'une chambre haute conservatrice, V. De Broglie, *Vues sur le gouvernement de la France*, Paris, Lévy, 1870, 367 p. Voir également sur le bicamérisme, L-A. Prevost- Paradol, *La France nouvelle*, Paris, Lévy, 1868, p. 405 et suiv. Pour une analyse de sa pensée, voir J-E. Gicquel, « Les idées constitutionnelles de Prévost- Parandol », *RA*, 2000, p. 395.

[1009] L'enjeu essentiel consiste, comme le souligne Joseph Barthélémy, sur ce point, à permettre l'élaboration d'une « *constitution de forme républicaine votée par une assemblée en majorité monarchiste* ». Voir J. Barthélemy, P. Duez, *Traité de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 6.

[1010] En d'autres termes et pour reprendre une formule célèbre prononcée par Adolphe Thiers, alors Président de la République, « *La République sera conservatrice, ou elle ne sera pas* ». Voir J. Garrigues, J-L. Debré, *Les grands discours parlementaires de la Troisième République*, *op. cit.*, p. 31.

[1011] Amendement cité, par exemple, *in* A. Ranc, *De Bordeaux à Versailles*, *op. cit.*, p. 319.

[1012] Voir la séance à l'Assemblée nationale du 30 janvier 1875, JO 31 janvier 1875, p. 828 : « *Messieurs, je ne proclame rien… ; je ne proclame rien, je prends ce qui est. J'appelle les choses par leur nom ; je les prends sous le nom que vous avez accepté, que vous accepterez encore… et je veux faire que ce Gouvernement qui est, dure tant que vous ne trouverez pas quelque chose de mieux* ».

[1013] Sont respectivement adoptées, la loi du 24 février relative au Sénat, la loi du 25 février qui fixe l'organisation des pouvoirs publics et la loi du 16 juillet 1875 sur les rapports entre les pouvoirs publics.

[1014] Voir, sur ce point, M. Deslandres, *Histoire constitutionnelle de la France*, *op.cit.*, p. 371 : « *C'est que la composition de l'Assemblée, avec ses multiples partis, qui se rattachaient à toutes les formes antérieures de*

Par conséquent, soucieuse de sortir de l'immobilisme crée par les conflits entre partis et de doter les institutions d'un statut légal, l'Assemblée s'est efforcée d'organiser, de façon pratique, les règles nécessaires au fonctionnement des institutions[1015]. Devant les désaccords multiples, il s'agit de s'accorder sur le strict minimum et d'éviter d'aller au-delà de quelques règles pratiques[1016]. Pour toutes ces raisons, la constitution de 1875 apparait, et la majorité de la doctrine la qualifie ainsi, comme un texte de « *transaction*[1017] ». Elle est le résultat de volontés distinctes et antagonistes entre plusieurs partis qui se sont plus ou moins accordés sur un fond commun de règles[1018]. Davantage, la solution constitutionnelle d'ensemble doit

---

Gouvernement, passionnés chacun pour l'une d'elles, devait faire porter toute son attention, tout son effort sur la question du régime. Adopter l'un ou l'autre était l'affaire suprême et c'était affaire de force, non de raison ».

[1015] Voir, sur ce point, A. Esmein, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé, op. cit.*, p. 23 : « *Nous savons pourquoi, difficile obtenue de l'Assemblée, elle a été ainsi réduite au stricte nécessaire. Mais cela montre en même temps que c'est une œuvre essentiellement pratique et nullement une conception théorique, dont les principes auraient d'abord été posés, pour en déduire logiquement toutes les conséquences* ».

[1016] Voir J. Barthélemy, P. Duez, *Traité de droit constitutionnel, op.cit.*, p. 39 : « *Les auteurs de la constitution de 1875 appartenaient à des camps opposés. Ils devaient, par conséquent, se borner à faire une œuvre terre à terre, pratique ; à établir des institutions qui pussent fonctionner. Ils se trouvaient donc obligés d'éviter toute déclaration de principes : toutes les divisions auraient, en effet, surgi et il n'aurait pas été possible d'arriver à l'entente. On était à une période de tempête ; ce n'était pas le moment de mettre toute voile dehors ; on repliait pour l'instant les principes, en se réservant le droit de les déployer amplement lorsque le calme serait revenu* ».

[1017] Voir A. Esmein, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé, op.cit.*, p. 23 ; J. Barthélémy, P. Duez, *Traité de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 40-41. Plus récemment, voir J. Gicquel, J-E. Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 24e éd., Paris, Montchrestien, 2010, p. 458.

A propos de l'idée de « *contrat constitutionnel* », la Constitution de la Ve République offre un autre exemple intéressant d'immixtion du contrat au sein du texte constitutionnel. En effet, avec le développement de la société internationale et la multiplication des accords auxquels la France est partie, se pose régulièrement la question de la compatibilité de la Constitution avec les traités internationaux. Pour s'assurer de cette compatibilité, une voie constitutionnelle a été consacrée à l'article 54 de la Constitution. Elle permet au Conseil constitutionnel d'examiner, en amont, c'est-à-dire avant la ratification du traité, si ce dernier comporte des clauses qui seraient contraires à certaines dispositions constitutionnelles. Dans l'affirmative, l'article 54 prévoit, explicitement, que la ratification du traité ne peut avoir lieu qu'après révision de la constitution.

Précisément, la technique qui est retenu depuis quelques années, dès lors qu'une contrariété est constatée entre les deux normes, est celle d'une stricte mise en conformité du droit national au regard des traités internationaux ratifiés par l'Etat : il s'agit d'adapter la Constitution à tel ou tel traité sans aller trop loin dans la mise en conformité; l'objet de la modification de la Constitution se résume bien souvent, en la matière, à ce que Mme le Professeur Grewe appelle « *une autorisation constitutionnelle à la ratification* ». L'objectif est minimal, il permet simplement de reconnaître, de façon pragmatique, que l'Etat s'engage à respecter tel ou tel engagement international.

Sur ce point, voir C. Grewe, « La révision constitutionnelle en vue de la ratification du Traité de Maastricht », *RFDC*, 1992, p. 418 : « *Aussi le garde des Sceaux a-t-il présenté la philosophie de la révision comme ne devant permettre d'ouvrir aucune brèche dans nos institutions pour livrer la place à je ne sais quel débordement communautaire et a-t-il souligné la nécessité d'une nouvelle révision pour tout nouveau transfert de compétences. D'où la méthode adoptée, consistant dans une réforme minimale, limitée aux strictes nécessités de la ratification du Traité : Le traité, tout le Traité, rien que le Traité a prévenu le Premier ministre de l'Assemblée nationale* ». Voir également, D. Breillat, « La Constitution, un catalogue de Traités ? », *in Les mutations du droit public, Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau*, Paris, Dalloz, 2002, p. 311 et suiv. Voir spéc., p. 314 : « *Pour surmonter ces difficultés, la solution trouvée sera celle du catalogue. A chaque difficulté constitutionnelle correspondra une révision spécifique identifiant formellement – presque – le traité international faisant obstacle et empêchant toute évolution ultérieure sans qu'une révision n'intervienne* ».

[1018] Cette notion « *d'œuvre de transaction* » est prononcée également par Edouard Laboulaye, lors d'un discours de clôture à l'Assemblée le 2 août 1875. Voir Discours prononcé par M. Laboulaye, président du centre gauche, à la réunion du 2 août 1875, Le Cerf, Versailles, 1875, p. 1 et suiv.

donner l'impression aux différents partis, que leur volonté pleine et entière est susceptible de triompher ultérieurement.

De façon appliquée, et pour terminer sur cette question, deux exemples de discours prononcés au sein de l'Assemblée traduisent très précisément l'idée de transaction.
D'abord, à l'occasion d'un discours le 12 février 1875, Gambetta semble fonder ses prétentions sur l'idée de bonne foi dans le respect des clauses d'un contrat moral entre les partis de droite et ceux de gauche. Ce discours fait suite au rejet de la loi sur le Sénat. Il relève : « *Nous avons consenti à diviser le pouvoir, à créer deux chambres ; nous avons consenti à vous donner le pouvoir exécutif le plus qu'on ait jamais constitué dans un pays d'élection et de démocratie ;* ***nous avons donné le droit de dissolution* (…) *Nous vous avons donné le droit de révision ; nous vous avons tout donné, tout abandonné !***[1019] » Il ajoute, à propos de l'adoption des premières lois constitutionnelles : « ***cette alliance, nous l'avons, non pas offerte, mais conclue, alors que nous avons mis nos votes avec les vôtres, alors que nous avons concédé tout cet appareil, tous ce régime protecteur, muré à triple enceinte, dans lequel vous pouviez abriter le gouvernement des doctrines de votre choix***[1020] ». Il conclut, s'agissant du vote de la loi sur le Sénat : « *Mais cela ne vous a pas suffi, vous avez voulu aller plus loin, exiger davantage ; vous avez voulu préparer un Sénat qui fût à vous, exclusivement à vous*[1021] ».

Plus tard, au moment où l'Assemblée s'apprête à se séparer, un discours d'Edouard Laboulaye confirme cette coloration contractuelle. Dressant une sorte de synthèse des travaux de l'Assemblée, il concède qu'il « *nous a fallu céder sur plus d'un point et nous n'avons pas été seuls à céder. En organisant une République parlementaire, les monarchistes constitutionnels sont revenus avec confiance à un régime qu'ils ont toujours regretté, les républicains, de leur côté, ont donné à ce régime une forme démocratique par l'institution d'une présidence et par le maintien du suffrage universel*[1022] ».

Plus que toute autre constitution en France, les Lois fondamentales de 1875, et ce sont les termes de Georges Burdeau, constituent le « ***résultat spontané de la vie politique, ce genre de***

[1019] Discours cité, *in* L. Blanc, *Histoire de la Constitution du 25 février 1875,* Paris, Charpentier, 1882, Appendice, p. 265.
[1020] *Ibid*., p. 269.
[1021] *Ibid*.
[1022] Voir Discours prononcé par M. Laboulaye, président du centre gauche, à la réunion du 2 août 1875, Le Cerf, Versailles, 1875, p. 2.

constitution peut être qualifiée de naturel en ce sens que son établissement se présente comme le produit non de l'art humain, mais de la nécessité des choses[1023] ».

B/ La traduction dans le droit positif de 1875 d'un courant néo-libéral pragmatique : l'indifférence à l'égard de la nature du régime

Au terme d'une longue introduction à son ouvrage *Vues sur le gouvernement de la France*[1024] rédigé en 1861, le Duc de Broglie interroge la question de savoir quel est le meilleur régime pour la France, à la suite de l'Empire et de la crise qui lui a succédé. Pour y répondre, il distingue trois hypothèses possibles, trois régimes potentiels : la république, un régime autoritaire et une monarchie constitutionnelle[1025].

D'emblée, l'auteur précise que la discussion qu'il entend mener se situe exclusivement à partir du bon sens[1026], en excluant toute forme d'orientation idéologique et politique. Dès lors, son appréciation du meilleur régime pour la nation suppose de ne tenir compte que des circonstances particulières du régime français.

Favouchement opposé au régime despotique, Victor de Broglie l'écarte par principe. En conséquence, le cœur de sa démonstration vise à identifier les institutions qui devraient être prévues, pour permettre un régime stable et qui garantit la liberté politique.

Les recettes institutionnelles de la république, développées par le Duc De Broglie, sont au nombre de sept : le bicamérisme -une assemblée populaire et une assemblée conservatrice-, l'unité du pouvoir exécutif, la participation du pouvoir exécutif à la confection des lois, la responsabilité du pouvoir exécutif devant le parlement, la consécration du droit de propriété[1027] et, enfin, la necessité de confier l'administration « *aux honnêtes gens*[1028] ». De

---

[1023] Voir G. Burdeau, *Traité de science politique*, 3e éd, Tome IV, Paris, LGDJ, 1983, p. 27.

[1024] Voir V. De Broglie, *Vues sur le gouvernement de la France*, Paris, Lévy, 1870, 367 p.

[1025] *Ibid.*, p. LXVII : « *Essayerons-nous de fonder ce qu'on nommait, en 1848, la république honnête et modérée ? Essayerons-nous, comme en 1796, de constituer, en France, un gouvernement républicain raisonnable, sensé, conforme aux principes du droit public, aux leçons de l'expérience, aux maximes des sages du nouveau monde ?*
Nous faudra-t-il, encore une fois, en passer par la dictature militaire, déguisée sous un nom quelconque, tempérée par quelques institutions bâtardes, où les conditions essentielles de la liberté politique, maintenues, par pudeur, et en apparence, seront, en réalité, énervées, éludées, sacrifiées à l'intérêt suprême de l'ordre ?
En reviendrons- nous à la monarchie constitutionnelle, ébauchée en 1814, achevée en en 1830 ? »

[1026] *Ibid.*, p. LXVIII : « *L'esprit de parti peut trancher, dès à présent, ces questions. L'esprit de parti est aveugle, impatient, téméraire : il va droit devant lui, et ne voit que ce qu'il veut voir. Le bon sens est plus réservé, il fait part des circonstances, et large il la fait dans un temps tel que celui- ci, dans un pays tel que le nôtre* ».

[1027] Ce que l'auteur qualifie de « *respect de la famille* ». *Ibid.*, p. LXX.

façon synthétique, il considère que « *le gouvernement républicain, pour s'établir solidement dans un grand pays, abdique ses tendances antisociales, les sentiments étroits, envieux, haineux envers toute supériorité quelconque, qui lui sont naturels ; il faut qu'il se rapproche, autant que sa nature le comporte, de la monarchie constitutionnelle*[1029] ».
Au terme de son analyse de la république il conclut, de façon surprenante, que cette forme peut convenir au gouvernement français et dans ce cas, il faut essayer. Au contraire, si on ne peut pas expérimenter la république, il ne faut pas essayer[1030].

En ce qui concerne la monarchie, la première mesure, préalable essentiel à la mise en place d'une monarchie, consiste à renoncer à l'idée de restauration et à réformer cette forme de gouvernement. Il ne faut pas en d'autres termes, entreprendre de rétablir les choses telles qu'elles étaient par le passé[1031]. Pour ce faire, il s'agit de renouveler la personne du monarque[1032], l'organisation générale du pouvoir, les rapports entre le pouvoir et la liberté, ainsi que le pouvoir local[1033]. Comme pour la république, le propos de De Broglie s'arrête aux conditions qui permettent à la monarchie de régner dans la France de la fin de XIXe siècle.

Finalement, l'auteur des *Vues sur le gouvernement de la France* souhaite simplement contribuer à déterminer dans l'un et l'autre cas, quelles sont les institutions nécessaires à un régime viable et durable. Les deux peuvent convenir une fois la crise nationale éloignée et c'est, compte tenu des circonstances particulières de la France, que l'un sera préférable à l'autre[1034]. Entre ces deux alternatives donc, Victor de Broglie ne tranche pas. Il se contente,

---

[1028] *Ibid.*
[1029] *Ibid.*, p. LXX-LXXI.
[1030] *Ibid.*, p. LXXI : « *Cela se peut-il ? Qu'on essaye. Si cela ne se peut, qu'on ne l'essaye pas. Ce serait folie et ruine* ».
[1031] *Ibid.* : « *L'entreprise de rétablir, au bout d'un certain laps de temps, dans un pays ravagé par les commotions politiques, les personnes et les choses telles qu'elles étaient à une autre époque, de les rétablir uniquement parce qu'elles étaient ainsi ; de prendre sa revanche, de demander compte du passé, de rétrograder d'un seul jour ; cette entreprise, pour qui la tente, est un arrêt de mort* ».
[1032] *Ibid.*, p. LXXI-LXXII : « *Une monarchie nouvelle, sinon quant à la famille régnante, du moins quant au caractère général du gouvernement ; nouvelle, quant au nom et à la formation des corps constitués ; nouvelle, quant à l'extension et à la limite des droits politiques ; nouvelle, enfin, quant aux institutions locales que l'état actuel de la société réclame ; c'est là désormais la seule monarchie qui puisse convenir à la France* ».
[1033] Victor de Broglie insiste largement sur la nécessité d'accorder l'autonomie locale. *Ibid.*, p. 1 et suiv. Voir également, sur ce point, J-P. Machelon, « Victor de Broglie et les Vues sur le gouvernement de la France », L. Jaume (Dir.), *Coppet, creuser de l'esprit libéral*, Paris, Economica, 2000, p. 194 : « *L'organisation territoriale occupe dans l'ouvrage une place privilégiée avec, en ouverture, un plaidoyer vigoureux et resté célèbre pour la décentralisation* ».
[1034] V. de Broglie, *Vues sur le gouvernement de la France*, *op.cit.*, p. LXXIII : Cet ouvrage relève Victor De Broglie à la fin de son introduction, « *est conçu dans une intention sincère, non sans regrets peut être, mais certainement sans arrière pensée, dans l'intention d'offrir au gouvernement républicain, s'il survit aux orages*

dans le cœur même de son ouvrage, de développer les conditions d'une reforme libérale des institutions politiques et administratives. Par-delà les catégories traditionnelles de régimes politiques, l'apport théorique de Victor De Broglie dans son ouvrage, est celui du « *gouvernement libre*[1035] ». Ce dernier implique, et ce sont les termes de l'auteur, de penser un régime « ***approprié à la France actuelle, à la France telle que l'ont faite le génie naturel des peuples qui l'habitent et les évènements de leur histoire ancienne, moderne, récente***[1036] ».

Dès la préface de *La France nouvelle*, Lucien-Anatole Prévost-Paradol indique l'objet et l'ambition de son ouvrage. Il s'agit de présenter les traits « *d'une réforme générale qui embrasse tout l'Etat, depuis l'exercice du droit de suffrage jusqu'à l'organisation et au fonctionnement du pouvoir suprême*[1037] ». Surtout, il entend souligner, qu'au travers de ce dessein, est écartée la question « *de la forme extérieure de gouvernement* », considérée comme « *secondaire, à côté de la question capitale de la réforme politique et administrative de la France*[1038] ». Ainsi, comme le Duc De Broglie, il n'accorde pas d'importance réelle à la nature du régime[1039], seule son organisation libérale le préoccupe[1040]. Le rapprochement intellectuel entre les deux auteurs est alors particulièrement frappant et Prévost-Paradol prétend vouloir dégager les règles « *indispensables à l'existence d'un gouvernement libre*[1041] ».

Pour ce faire, c'est un raisonnement déductif qui est privilégié par Prévost-Paradol. Il s'attache à définir d'abord la démocratie pour ensuite, présenter les règles institutionnelles qui sont susceptibles de lui être rattachées. Sur le premier point, l'auteur distingue entre la société

---

que son apparition soulève, toutes les chances raisonnables de s'établir, et à la monarchie, si la monarchie se relève de sa chute, tous les moyens d'échapper au plus dangereux des écueils ».

[1035] *Ibid.*, p. 362.

[1036] *Ibid*.

[1037] L-A. Prévost-Paradol, *La France nouvelle*, Paris, Lévy, 1868, préface, p. VII-VIII.

[1038] *Ibid.*, p. VIII.

[1039] Voir, sur ce point, J-E. Gicquel, « Les idées constitutionnelles de Prévost-Paradol », *RA*, 2000, p. 397 : « *Le thème de l'indifférence à la forme du régime* ».

[1040] L-A. Prévost-Paradol, *La France nouvelle*, *op. cit.*, p. VIII-IX : « *Malgré les modifications brusques ou insensibles que le temps opère toujours en nous-mêmes, je me crois, sur ce point du moins, à l'abri de tout changement, et je n'imagine pas que je devienne jamais capable de haine ou d'enthousiasme pour les mots de monarchie ou de république, ni qu'aucun gouvernement, quels que soient sa forme et son nom, parvienne à me changer, par le seul fait de son existence, en adversaire factieux ou en partisan servile. Ces questions de mots et de personnes qui, pour trop de français, résument tout ce qu'ils entendent par le terme de politique, sont dominées, à mes yeux, par une question beaucoup plus importante : celle de savoir si nous serons vraiment une nation libre* ».

[1041] *Ibid.*, p. 115.

et le gouvernement démocratiques[1042]. Si de nombreux régimes consacrent une société démocratique, le gouvernement démocratique s'applique à des organisations politiques plus restreintes. Pour être qualifiée de démocratie véritable, considère Prévost-Paradol, il faut que la société « *soit politiquement constituée en démocratie, qu'elle soit en possession d'un gouvernement démocratique, en d'autres termes, que le peuple s'y gouverne lui-même, selon la volonté du plus grand nombre et en observant la loi des majorités*[1043] ».

Ensuite et dans la continuité de la démarche suivie de Victor de Broglie, Prévost-Paradol livre les institutions et les règles qui permettent de préserver la liberté quelle que soit la nature du régime politique[1044]. Il s'agit notamment et respectivement de la consécration du suffrage universel[1045], du transfert de compétence de l'Etat central vers les Assemblées locales[1046] ou du bicamérisme[1047], comme autant d'institutions qui peuvent s'adapter tant à la république, qu'à la monarchie.
Enfin, Prévost-Paradol pense que le meilleur gouvernement pour un Etat, est celui qui, dans la pratique, s'adapte le mieux aux conditions réelles et qui offre moins de difficultés qu'une autre forme d'organisation du pouvoir politique[1048].

Pour synthétiser, ce sont donc deux aspects essentiels qui ressortent de la pensée commune de ces deux auteurs et qui sont traduites dans la Constitution de 1875.

[1042] *Ibid.*, p. 4.
[1043] *Ibid.*, p. 5.
[1044] *Ibid.*, Livre II : « *Des institutions et des principes de gouvernement qui conviennent à la démocratie française* ».
Par son objet, « *la France nouvelle* » de Prévost-Paradol s'est attachée à « *dresser de la sorte le plan d'un gouvernement démocratique et libre* ». *Ibid.*, p. 130. Il précise plus en substance : « *Si le lecteur a donné jusqu'ici quelque attention aux diverses parties et au plan général de cet ouvrage, il aura sans doute remarqué que nous n'avons traité jusqu'à présent que des conditions de l'établissement de la liberté dans la démocratie française, sans avoir encore touché la question de savoir si ce gouvernement démocratique et libéral prendrait la forme monarchique ou républicaine. Non seulement cette question n'a pas été touchée, mais, en établissant les bases d'un gouvernement démocratique et libre, et en nous rapprochant par degrés du fait de cette construction politique, nous nous sommes particulièrement attachés à n'y admettre que des éléments également acceptables pour une démocratie monarchique et pour une démocratie républicaine. La forme et l'exercice du droit de suffrage, l'administration communale et provinciale, l'existence et les attributions de nos deux Assemblées et de notre ministère responsable sont également compatibles avec la monarchie et la république* ».
[1045] *Ibid.*, p. 4 et suiv.
[1046] *Ibid.*, p. 77 et suiv.
[1047] *Ibid.*
[1048] *Ibid.*, p. 131 et suiv. Sur ce point, Prévost-Paradol distingue les « *difficultés réelles* », c'est-à-dire théoriques, et les « *difficultés imaginaires* » qui correspondent à celles rencontrées en pratique : état de l'opinion publique, évènements historiques notamment.

Dans le fond de leur pensée d'abord, il s'agit de conceptualiser une organisation constitutionnelle capable de préserver la liberté politique, c'est-à-dire de faire en sorte que les institutions politiques protègent la liberté des individus organisés en société[1049].

Ensuite, à la question de savoir quel régime est le plus à même de convenir à la France au sortir de la crise, les deux auteurs s'accordent pour considérer que cet aspect est secondaire et n'a pas véritablement d'importance pourvu que la liberté politique soit préservée. Monarchie constitutionnelle ou république[1050], cette alternative s'impose en pratique, compte tenu de l'état des esprits et des circonstances particulières du moment[1051]. Ainsi, en insistant sur la façon dont doivent fonctionner les institutions, quelle que soit la nature du régime, ils ont, et c'est là l'intérêt particulier de mobiliser leurs pensées dans le cadre du présent propos, anticipé le cours des évènements et l'œuvre constituante en 1875.

§2/ Répondre à des problèmes concrets au détriment de la théorie : la constitution est le résultat d'enjeux pratiques

L'analyse des travaux préparatoires d'une constitution permet de considérer que les questions constitutionnelles de fond sont pauvres et la théorie constitutionnelle, très souvent exclue.

[1049] Pour une définition de la liberté politique à la fin du 19e siècle, voir E. Laboulaye, *La République constitutionnelle*, Paris, Charpentier, 1871, p. 9 : « *La sûreté des personnes, du travail et de la propriété, fruit du travail, la liberté d'action, la liberté de conscience et de paroles, la facilité de s'associer et de se réunir en vue d'un bien commun : tels sont ce qu'on peut appeler les droits naturels de l'homme en société. C'est pour garantir ces droits, c'est-à-dire pour les protéger contre attaque du dehors ou du dedans, que les peuples ont établi des gouvernements. Un gouvernement est bon quand il maintient toutes ces libertés par de justes lois ; il est mauvais quand, dans un intérêt égoïste, il empiète sur ces droits individuels* ».

Plus précisément, on assiste, à cette époque, pour reprendre les termes de Joseph Barthélemy, au développement d'un courant « *néo-libéralisme à la fois démocratique et parlementaire*» qui pense les individus dans leurs rapports avec l'Etat et fait de ce dernier le dépositaire de la préservation des droits et libertés. Dépassant le libéralisme individualiste de la fin du XVIIIe siècle, reposant sur la consécration de droits et libertés détenu par l'individu avant toute forme de vie sociale, le libéralisme politique du milieu et de la fin du XIXe siècle, pense la vitalité des droits et libertés au travers du bon gouvernement, c'est-à-dire celui à même de protéger ces droits.

Voir E. Laboulaye, *Questions constitutionnelles*, Paris, Charpentier, 1872, p. 19 et suiv. ; J. Barthélemy, P. Duez, *Traité de droit constitutionnel* (1926), Paris, LGDJ, Editions Panthéon Assas, 2004, p. 46 et suiv.

[1050] Idéologiquement, ces deux auteurs ont une préférence pour un régime en particulier. Pour le Duc de Broglie, il s'agit de la monarchie constitutionnelle et pour Lucien- Paradol un régime parlementaire.

Voir V. De Broglie, *Vues sur le gouvernement de la France*, Paris, Lévy, 1870, 367 p. Voir, notamment, introduction, p. XXXVI : « *La monarchie constitutionnelle a réponse à toutes les difficultés que rencontre, dans un grand pays, l'établissement du gouvernement républicain ; elle y a réponse, et dans l'intérêt de l'ordre public et dans l'intérêt de la liberté* ».

S'agissant de Prévost-Paradol, voir, not., J-E. Gicquel, « Les idées constitutionnelles de Prévost- Paradol », *RA*, 2000, p. 398.

[1051] Voir J. Barthélemy, P. Duez, *Traité de droit constitutionnel*, *op.cit.*, p. 47 : « *Le second trait commun des deux livres est la quasi-indifférence théorique à la forme du gouvernement. Il n'y a d'essentiel que le mode de gouvernement* ».

Intervenant dans une période constitutionnelle transitoire, le défi d'élaborer une constitution implique le plus souvent, la nécessité d'agir dans un délai court.

Aussi, une constitution est d'abord imaginée par ses auteurs, comme une solution technique en réponse à des questions concrètes[1052] afin de recueillir rapidement un consensus politique au sein d'une l'Assemblée constituante (B). Par extension, un projet de constitution doit être pensé, quand la procédure prévoit l'approbation par référendum, comme susceptible de recevoir le consentement du peuple. Cet objectif conduit très souvent les auteurs d'un projet de constitution à se contenter de grandes orientations libérales et démocratiques ancrées dans la tradition nationale, plutôt que des principes juridiques qui pourraient susciter la méfiance populaire. Le rejet d'un projet de constitution par référendum allonge une période constitutionnelle transitoire et oblige le pouvoir constituant à adapter la constitution, conformément à la volonté du peuple (A).

A/ La constitution n'est pas la traduction juridique de principes généraux antérieurs

Georges Burdeau identifie le pouvoir constituant comme étant de nature « *hybride*[1053]», dans la mesure où il serait placé « *au point d'intersection entre la politique et le droit*[1054] ». A titre principal, cette nature vient du fait que le processus constituant échappe à l'ordre juridique dans la mesure où il est chargé de le créer[1055] et serait en ce sens, insubordonné au droit. Pour cette raison[1056] , une lecture positiviste n'interroge pas l'analyse du processus constituant, il n'est pas soumis à des règles juridiques antérieures[1057], et se contente de démarrer sa réflexion une fois que la constitution et les règles juridiques qu'elle contient, forment le droit positif en vigueur[1058]. Sur ce point, Raymond Carré de Malberg considère que l'étude du pouvoir

---

[1052] *A contrario*, la théorie augmente le risque de désaccord profond, allonge les délais, évacue les problèmes essentiels qui sont ceux de la nécessité du moment. Le cycle constitutionnel lancé en 1791 ne permet pas l'interruption trop longue d'un Etat sans statut, ce qui signifie que toute Assemblée constituante doit répondre d'une période de transition, transition que l'on veut courte afin d'éviter les risques d'instabilité.

[1053] G. Burdeau, *Traité de science politique*, 3e éd, Tome IV, Paris, LGDJ, 1983, p. 171.

[1054] *Ibid.*

[1055] *Ibid.*, p. 171 : « *il est affecté d'une signification politique dont nulle exégèse ne peut le purifier. La puissance qu'il recèle est rebelle à une intégration totale dans le système de hiérarchie des normes et de compétences. C'est que le pouvoir constituant, s'il peut, par certains actes, s'insérer dans l'ordre juridique, lui demeure toujours extérieur par d'autres* ».

[1056] Georges Burdeau évoque l'idée d'un « *fait pur et simple* ». *Ibid.*, p. 200.

[1057] Sur cet aspect, voir O. Beaud, *La puissance de l'Etat*, Paris, PUF, 1994, p. 212.

[1058] Voir, sur ce point, R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat, spécialement d'après les données fournies par les données fournies par le droit constitutionnel français*, vol. 1, Paris, Sirey, 1920-1922, p. 192 : « *la source de l'Etat, c'est du fait : à ce fait se rattache ultérieurement du droit* ».

constituant « ***n'est pas là le problème capital de la science du droit public, mais ce n'est même pas du tout un problème juridique***[1059] ».

Pourtant, une partie de la doctrine récuse ce postulat et s'efforce d'insister sur la possibilité d'une analyse juridique du pouvoir constituant[1060]. Sur ce point, il est possible de considérer que dans certains cas, il n'existe pas de règles contraignantes, susceptibles d'encadrer le travail d'élaboration d'une constitution. Tout d'abord, la procédure qui a permis la proclamation de la Constitution du 4 octobre 1958, constitue une illustration claire de l'existence de règles formelles antérieures à la Constitution, qui lient le pouvoir constituant dans sa mission constitutionnelle (1). Ensuite, de façon plus ténue et informelle, dès lors que l'on considère qu'une déclaration des droits contient les principes généraux dont les applications pratiques sont déduites dans le fond de la constitution[1061], ces principes devraient obliger tout autant le pouvoir constituant, dans la consécration des règles d'organisation et de fonctionnement des pouvoirs publics (2).

Dans l'un et l'autre cas néanmoins, le pouvoir constituant en 1946 et en 1958 s'est peu soucié de traduire au sein de la constitution, des principes juridiques antérieurs.

1/ Les principes de la loi du 3 juin 1958 : l'encadrement du processus constituant dans un esprit démocratique large et peu contraignant

La procédure qui a conduit à l'élaboration de la Constitution de 1958 est assez originale[1062]. Souhaitant déroger à l'article 90 de la Constitution de 1946 relatif à la procédure révision, le

---

Voir également, O. Beaud, *La puissance de l'Etat*, *op. cit.*, p. 210 : « *La grande majorité de la doctrine juridique a négligé l'étude du pouvoir constituant comme auteur de la constitution ou de l'acte constituant. Pour s'en tenir à la seule doctrine constitutionnelle française, elle succombe à une étrange contradiction en se concentrant, d'un côté, sur la notion de constitution comme acte juridique, et en négligeant, de l'autre côté, le pouvoir constituant* ».

[1059] R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat, spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, *op. cit.*, p. 491-492 : « *à l'origine de l'Etat, il n'y a place que pour du fait, et non pour du droit. Tout ce que peut faire le juriste, c'est de constater que l'Etat se trouve formé à partir du moment où la collectivité nationale, fixée sur un certain territoire, possède, en fait, des organes exprimant sa volonté, établissant son ordre juridique et imposant supérieurement sa puissance de commandement. Quant à rechercher par quel processus juridique ces organes primitifs ont été constitués, non seulement ce n'est pas là le problème capital de la science du droit public, mais ce n'est même pas du tout un problème juridique* ».

[1060] En ce sens, voir O. Beaud, *La puissance de l'Etat*, *op. cit.*, p. 210 et suiv. De la même façon, Georges Burdeau considère qu'il est possible d'entreprendre une analyse juridique du processus d'élaboration d'une constitution. Voir G. Burdeau, *Traité de science politique*, *op.cit.*

[1061] Voir sur ces questions, *Supra*., section 1re.

[1062] Voir sur la loi du 3 juin 1958, W. Zimmer, « La loi du 3 juin 1958 : contribution à l'étude des actes-pré-constituants », *RDP*, 1995, p. 383 : « *La loi du 3 juin 1958 est un cas unique dans notre histoire constitutionnelle. Elle a permis le passage d'une république à une autre sans qu'à l'origine de ce changement ne se trouve une révolution, une insurrection, une invasion, ou une défaite et surtout sans, qu'entre ces deux*

Gouvernement soumet au vote de l'Assemblée, un projet de loi constitutionnelle modifiant la procédure de révision[1063]. Ce dernier, s'il est adopté, confie au gouvernement la mission d'établir un projet de constitution qui est soumis à un comité consultatif constitutionnel pour discussion, à l'avis ultérieur du Conseil d'Etat et soumis à un référendum populaire.

Par ailleurs et surtout, la loi constitutionnelle dresse une liste de cinq grands principes que le Gouvernement s'engage à respecter dans son projet de constitution[1064]. Considérée comme « *la base juridique du pouvoir constituant*[1065]» par Georges Burdeau, cette loi est censée impliquer que la constitution soit la traduction pratique des principes[1066].

Dans le fond, les principes élaborés par le projet de loi matérialisent, selon le ministre d'Etat Pierre Pflimlin, une adhésion aux valeurs démocratiques et républicaines nationales et la volonté, de la part du Gouvernement, de consacrer un régime parlementaire[1067]. Surtout, Pflimlin entend préciser dès la présentation du projet, que ces principes sont contraignants et lient le Gouvernement dans le processus constituant[1068]. Véritable plan de travail autour de cinq principes essentiels, le Gouvernement, si le vote parlementaire le lui permet, s'apprête à déduire de ces principes les conséquences dans un projet constitutionnel.

En pratique, il s'agit respectivement des principes de l'élection au suffrage universel du pouvoir exécutif et législatif, de séparation des pouvoirs exécutif et législatif, de

---

républiques, ne s'écoule un délai plus ou moins long pendant lequel les valeurs républicaines ne disparaissent au profit de régimes non démocratiques ».

Pour une analyse globale et générale des actes pré-constituants, voir E. Cartier, « Les petites Constitutions : contribution à l'analyse du droit constitutionnel transitoire », *RFDC*, 2007, p. 513.

S'agissant plus particulièrement de la Loi constitutionnelle du 2 novembre 1945, voir N. Quoc Dinh, « La loi constitutionnelle du 2 novembre 1945 portant organisation provisoire des pouvoirs publics », *RDP*, 1946, p. 68.

[1063] Voir, sur ce point, W. Zimmer, « La loi du 3 juin 1958 : contribution à l'étude des actes pré-constituants », *op. cit.*, p. 385 et suiv.

[1064] L'exposé des motifs accompagnant le projet de loi constitutionnelle modifiant l'article 90 de la Constitution le 31 mai 1958 précise que « *le Gouvernement entend préciser vis-à-vis du Parlement les principes qui devront inspirer la réforme de la Constitution at auxquels, pour sa part, il est résolu à se conformer* ». Voir Comité national chargé de la publication des travaux préparatoires des institutions de la Ve République, *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, vol. 1, La Documentation française, Paris, 1987, p. 103.

[1065] Voir G. Burdeau, *Manuel de droit constitutionnel*, 21e éd., Paris, LGDJ, 1989, p. 417.

[1066] Sur ce point, M. Zimmer considère que la loi du 3 juin « *fait partie de ces actes juridiques qui sans être assimilables à l'acte constituant lui-même, le précèdent et participent à son élaboration de façon déterminante* ». Il ajoute, que cette loi a pour objet « *d'encadrer le travail de rédaction de la Constitution et pour ce faire comportait une série de limitations sous la forme de principes de base inscrits dans le texte. Le respect de ces différents principes empêchait le Gouvernement en charge de la rédaction du projet de Constitution de définir lui- même la forme du futur régime politique, c'est- à- dire précisément de prendre la décision constituante fondamentale. C'est là l'effet du principe de la dérogation qui contraint l'organe chargé de mettre en œuvre la compétence constituante de l'exercer dans les limites fixées par le pouvoir de révision* ». Voir W. Zimmer, « La loi du 3 juin 1958 : contribution à l'étude des actes pré-constituants », *op.cit.*, p. 401.

[1067] Voir, sur ce point, l'allocution de M. Pflimlin le 1er juin 1958, *in Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, vol. 1, *op.cit.*, p. 142.

[1068] Précisément, M. Pflimlin considère que « *le nouveau projet constitutionnel doit non seulement être conforme aux principes démocratiques, républicains, mais tendre à établir selon des modalités nouvelles sans doute un régime de caractère règlementaire* ». *Ibid.*, p. 142.

responsabilité du Gouvernement devant le Parlement, d'indépendance du pouvoir judiciaire et d'organisation des rapports entre la République et les peuples associés[1069]. C'est précisément autour de la signification réelle de ces principes, que la discussion s'engage avec les membres de l'Assemblée[1070]. Dessaisie de tout pouvoir constituant à l'issue d'un vote favorable, l'Assemblée souhaite savoir quels seront véritablement les grands principes à partir desquels sera élaboré le projet de constitution.

Très tôt, les débats soulignent des principes d'une portée très large et dont il faudrait préciser la substance. Dès la séance du 1er juin 1958 par exemple[1071], M. Bruynneel relève, qu'il « *faudrait qu'on nous dise quelle Constitution on veut bâtir, car les principes de l'exposé des motifs, qui seront contraignants, sont extrêmement succincts et peuvent s'appliquer à peu près à n'importe quelle Constitution*[1072] ». Sur ce point, les membres de l'Assemblée dénoncent des principes susceptibles de s'appliquer à toute constitution et surtout, qui permettent de justifier toute forme d'institution en application de l'un de ces principes.

Le premier principe discuté est celui de séparation des pouvoirs[1073], explicité par le projet gouvernemental en ces termes : « *Le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif doivent être effectivement séparés, de façon que le Gouvernement et le Parlement assument, chacun pour sa part et sous sa responsabilité, la plénitude de leurs attributions*[1074] ».

D'un point de vue politique, M. Giacobbi se demande si ce principe du projet de loi ne correspond pas en réalité, à la volonté d'écarter le pouvoir législatif de la procédure

---

[1069] Plus précisément le projet de loi présenté par le Gouvernement est rédigé dans les termes suivants : « *le Gouvernement entend préciser, vis-à-vis du Parlement, les principes qui devront inspirer la réforme de la Constitution et auxquels, pour sa part, il est résolu à se conformer. Ces principes sont les suivants : 1° Seul le suffrage universel est la source du pouvoir. C'est du suffrage universel ou des instances élues par lui que dérivent le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif ; 2° Le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif doivent être effectivement séparés, de façon que le Gouvernement et le Parlement assument, chacun pour sa part et sous sa responsabilité, la plénitude de leurs attributions ; 3° Le Gouvernement doit être responsable vis- à- vis du Parlement ; 4° le pouvoir judiciaire doit demeurer indépendant des autres pouvoirs pour être à même d'assurer le respect des libertés essentielles telles qu'elles sont définies par la préambule de la Constitution de 1946 et par la Déclaration des droits de l'homme à laquelle il se réfère ; 5° La Constitution doit permettre d'organiser les rapports de la République avec les peuples qui lui sont associés. Sur ces bases, la République assurera l'efficacité de l'Etat et la garantie des libertés publiques* ». *Ibid.*, p. 138.

[1070] *Ibid.*, p. 23 et suiv.

[1071] Voir, dans le même sens, l'intervention de M. Duclos : « « *Il faut être très accommodant pour trouver là des principes. On affirme que seul le suffrage universel est la source du pouvoir. Que pourrait-on nous dire d'autre, à moins de vouloir faire sacrer un roi à la cathédrale de Reims et de prétendre qu'il y a un pouvoir d'essence divine ? Mais j'imagine que les hommes qui nous ont présenté cela savent ce qu'ils veulent. S'ils le savent, ils doivent le dire (...)* ». *Ibid.*, p. 145.

[1072] *Ibid.*, p. 145.

[1073] Sans doute, effectivement, c'est l'application de ce principe qui suscite le plus d'inquiétudes de la part des parlementaires. Appliqué strictement ce principe peut conduire à un cloisonnement des pouvoirs exécutif et législatif et de fait, à un affaiblissement de ce dernier.

[1074] *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1985*, vol. 1, *op.cit.*, p. 138.

d'élaboration de la constitution. En prévoyant que le Gouvernement est chargé de l'élaboration d'un projet de Constitution et en précisant également que « *le Gouvernement et le Parlement assument, chacun pour sa part et sous sa responsabilité, la plénitude de leurs attributions*[1075] », les rédacteurs n'entendraient pas faire de la séparation des pouvoirs un principe clé de la constitution à venir, mais s'assurer une totale liberté dans le travail d'élaboration d'une nouvelle constitution[1076].

Surtout, la plupart des membres de l'Assemblée interroge la mise en œuvre effective du principe juridique de séparation des pouvoirs. Ainsi par exemple, M. Teitgen se montre très virulent à l'encontre d'une lecture qu'il juge très stricte de la séparation des pouvoirs : « *ce que l'on nous propose de faire, c'est de séparer le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif du pouvoir judiciaire. C'est le retour à la vieille doctrine de Montesquieu sur la séparation stricte des pouvoirs*[1077] ». Il dénonce une acception inadaptée à la pratique réelle du pouvoir et susceptible de conduire à la multiplication des crises ministérielles. Davantage, il conforte cette interprétation de la séparation des pouvoirs au quatrième principe qui prévoit l'indépendance du pouvoir judiciaire[1078]. Le projet aurait alors pour ambition, toujours selon M. Teitgen, de créer un véritable pouvoir judiciaire et d'accroître le poids du juge en France, en lui permettant notamment de se prononcer sur la conformité d'une loi à la constitution. Finalement, il s'agirait de l'application du système américain de contrôle de constitutionnalité des lois et par extension, de l'introduction d'une des règles du régime présidentiel, la séparation stricte des pouvoirs[1079].

En réponse, le ministre d'Etat, Pierre Pflimlin, indique qu'il s'agit seulement et de façon humble, d'écarter un système qui repose sur la confusion des pouvoirs. La mise en œuvre de la séparation des pouvoirs doit être entendue dans son sens négatif, c'est-à-dire comme un simple objectif qui consiste à ne pas confier l'ensemble des prérogatives entre les mains d'un

---

[1075] *Ibid.*, Projet de loi constitutionnelle, p. 138.

[1076] Voir l'intervention de M. Giacobbi, *Ibid.*, p. 147 : « *En ce qui le deuxième principe,* (…) *je veux faire observer que le premier acte qui nous est proposé comme application de ce principe n'est pas la séparation des pouvoirs mais tout simplement la disparition provisoire du pouvoir législatif dans ce qu'il a de plus fondamental, son pouvoir constituant* ».

[1077] *Ibid.*, p. 148.

[1078] *4° le pouvoir judiciaire doit demeurer indépendant des autres pouvoirs pour être à même d'assurer le respect des libertés essentielles telles qu'elles sont définies par le préambule de la Constitution de 1946 et par la Déclaration des droits de l'homme à laquelle il se réfère* ». *Ibid.*, p. 138.

[1079] *Ibid.*, p. 154.

Cependant, sur cet aspect, cette interprétation apparaît fragile, dans la mesure où si véritablement elle correspond à l'intention constitutionnelle du Gouvernement, une contradiction manifeste apparaît avec le troisième principe au terme duquel, le Gouvernement doit être responsable devant le Parlement.

détenteur unique[1080]. Cette acception s'écarte donc de la volonté de tirer les conséquences de l'application d'un dogme, d'un principe rigide[1081]. Au fond, il n'y a là qu'un rappel de la nécessité de non cumul de tous les pouvoirs par un même organe et, de ce principe général de non confusion, Pflimlin admet la nécessité ultérieure de prévoir des mécanismes de collaboration entre les pouvoirs[1082].

C'est ainsi une vision large du principe de séparation des pouvoirs qui est consacrée par le projet de loi constitutionnelle. L'acception du principe défendue par le ministre d'Etat renvoie davantage à une garantie contre les abus de pouvoirs, qu' à un choix en faveur d'un principe juridique qui implique des conséquences invariables. En ce sens, il relève de façon significative, « ***je me garderai bien de suivre les spécialistes du droit public sur le terrain de la terminologie où j'avoue mon incompétence***[1083] ».

En réalité, c'est l'ensemble des principes inscrits dans le projet de loi constitutionnelle élaboré par le Gouvernement qui doit être interprété comme la séparation des pouvoirs[1084]. La philosophie globale qui gouverne à l'ensemble du projet réputé contraignant, est qu'il contient un certain nombre de directions, un champ général à l'intérieur duquel le gouvernement souhaite s'inscrire. A l'intérieur de ce champ, une infinie variété de solutions positives

---

[1080] *Ibid.* : « *Le mot « séparation » n'est peut être pas rigoureusement exact, mais je le considère comme important dans la mesure où il marque nettement qu'il s'agit de demeurer fidèle à la doctrine traditionnelle de la démocratie française et universelle et d'écarter la confusion des pouvoirs et spécialement la confusion du pouvoir exécutif et du pouvoir législatif* ».

[1081] *Ibid.* : « *On dit que ces pouvoirs demeureront distincts, conformément à la doctrine démocratique à laquelle ce pays est toujours resté attaché. Le mot séparés n'est peut être pas rigoureusement exact, mais je le considère comme important dans la mesure où il marque nettement qu'il s'agit de demeurer fidèle à la doctrine traditionnelle de la démocratie française et universelle et d'écarter le confusion des pouvoirs et spécialement du pouvoir exécutif et du pouvoir législatif* ».

[1082] *Ibid.* : « *Qu'ensuite il y ait lieu bien entendu, entre ces deux pouvoirs d'aménager des modalités de coopération, de tracer entre eux une ligne de démarcation, c'est une idée qui ne choque personne. (...) Il y a lieu à mieux distinguer. Mais il est clair que le Gouvernement qui vous soumet ce soir ce projet de délégation de pouvoirs n'exclut en aucune matière qu'entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif ainsi distingués puisse s'instituer sous diverses formes une coopération et notamment sous la forme de la délégation de pouvoirs* ».

[1083] *Ibid.*

[1084] S'agissant, par exemple, du principe de la responsabilité du Gouvernement devant le Parlement, M. Pflimlin relève qu'il « *y a là une profession de foi, une marque de fidélité à la notion essentielle du régime parlementaire. (...) Voyez surtout dans ce principe la volonté de demeurer fidèles à la règle essentielle du régime parlementaire, alors que d'aucuns peut être pouvaient soupçonner le gouvernement de vouloir tourner le dos à ce principe. Le texte exclut sans aucun doute le régime présidentiel*». Il ajoute que la loi s'en tient à une formule large et générale du principe du parlementarisme et que de nombreux aménagements pourront être envisagés dans la cadre du projet de constitution. *Ibid*. p. 154.
Voir, spéc., *Ibid.*, p. 155 : « *Ces principes ont pour objectif de délimiter en quelque sorte un champ et ce qu'ils écartent est presque plus important que les solutions positives qu'ils suggèrent, car je reconnais qu'on peut trouver une gamme de solutions positives à l'intérieur des principes énoncés. Nous sommes en présence d'une sorte de cadre dans lequel on peut mettre des choses différentes mais qui auront toutes cette caractéristique de permettre la fidélité aux principes généraux du régime républicain, démocratique et parlementaire* ».

peuvent convenir et seront déterminées au moment de l'adoption de la constitution[1085]. De façon appliquée, à la question incessante posée par les parlementaires de savoir ce que sera ce projet et quelles sont les conséquences des principes dégagés, Pierre Pflimlin admet : « *je suis obligé de vous répondre franchement : je n'en sais rien*[1086] ».

En dernière analyse, ce choix en faveur d'un plan de travail minimal s'explique pour des raisons logiques. Tout d'abord, il ne fait aucun doute qu'un projet précis autour de principes clairs et directement opératoires, aurait couru le risque d'être rejeté à l'occasion du vote par le Parlement. En orientant le projet autour des principes concourant à la réalisation de la démocratie et de la république dans la continuité de la tradition nationale, le Gouvernement augmente les possiblités d'obtenir une communauté de vue. Il apparaît, en effet, difficile de s'opposer à des principes démocratiques, républicains ou qui instaurent un régime parlementaire.

Parallèlement, en décidant d'une ligne de conduite large, le Gouvernement préserve sa marche de manœuvre pour l'avenir. Insistant sur le caractère contraignant des dispositions contenues dans la future loi constitutionnelle, il dispose, en cas d'approbation, d'une marge de manœuvre importante pour dresser l'organisation effective des pouvoirs publics. En rappelant « *les principes fondamentaux de la démocratie telle que nous la concevons traditionnellement dans les pays d'Occident*[1087]», la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 oriente donc la tâche constituante du Gouvernement conformément à un esprit général[1088].

[1085] Pour reprendre les termes de M. Pflimlin, sur ce point, « *d'un principe qui a une valeur contraignante et qui exclut toute une série de solutions, il est permis de tirer des conclusions diverses. Il peut y avoir une gamme de solutions, un éventail de modalités d'applications d'un même principe* ». *Ibid*. p. 154.
La volonté réelle qui gouverne à l'élaboration de cette loi constitutionnelle est, finalement, explicitée par le représentant du Gouvernement : « *affirmation de certains principes et par la même délimitation d'un champ à l'intérieur duquel devra se situer le travail d'élaboration constitutionnelle auquel le Gouvernement, s'il obtient votre accord, se livrera* ». *Ibid.*, p. 155.
[1086]*Ibid.*, p. 154.
[1087] *Ibid.*, p. 190.
[1088] *Ibid.*, p. 154 : « *Ces principes doivent être accueillis dans leur esprit, plus encore que dans la lettre. Ils montrent la préoccupation du Gouvernement d'être fidèle à un certain nombre de notions démocratiques essentielles* ».

2/La constitution n'est pas la déduction pratique des principes énoncés dans une déclaration des droits

La Déclaration des droits de l'homme de 1789 précède la Constitution de 1791 dans la mesure où cette dernière en est l'application[1089]. Plus précisément, des principes énoncés dans la Déclaration, sont déduits les conséquences sur l'ordre constitutionnel afin de réaliser une conciliation satisfaisante entre l'exercice du pouvoir et la préservation des droits et libertés. En ce sens, la physionomie de l'organisation des pouvoirs publics est l'application des droits universels de l'homme et suppose, conformément à la logique, l'antériorité de la Déclaration des droits par rapport aux dispositions constitutionnelles proprement dites. Dès lors, il s'agit de vérifier l'application de cette méthode ultérieurement, notamment au moment de l'élaboration de la Constitution de 1946.

Au moment de l'élaboration de la Constitution de 1946[1090], un accord unanime est rapidement trouvé pour faire précéder la constitution[1091], d'une déclaration des droits[1092].
Le début des travaux de la commission chargée d'élaborer le premier projet de constitution[1093] concerne les questions de « *nomenclature et classification des problèmes constitutionnels*[1094]» et le débat repose sur un plan d'étude, élaboré par le premier Président de la commission de la Constitution, M. Philip. Présenté sous forme de liste, il contient six points dont l'ordre est le

[1089] Voir, sur ce point, *Supra.*, section 1re.
[1090] Le préambule de la Constitution de 1946 connaît un regain d'intérêt ces dernières années, compte tenu notamment du fait qu'il est aujourd'hui un instrument de contrôle de la constitutionalité d'une loi devant le Conseil constitutionnel. Parmi la littérature disponible, voir not., Droit et démocratie, *Préambule de la Constitution de 1946 : un contrat de société ?*, Paris, La Documentation française, 1994, 81 p. ; G. Koubi (Dir.), *Le Préambule de la constitution de 1946. Antinomies juridiques et contradictions politiques*, Paris, PUF, 1996, 296 p; G. Conac, X. Prétot, G. Teboul (Dir.), *Le Préambule de la Constitution de 1946. Histoire, analyses et commentaires*, Paris, Dalloz, 2001, 467 p.
[1091] Commun aux deux constitutions, celle rejetée et celle acceptée par référendum, le propos global interroge des aspects de l'élaboration de la déclaration des droits homogènes dans la mesure où ce sont deux commissions composées des mêmes membres qui sont à l'origine des deux textes. Surtout, le propos entend montrer que le destin de la première constitution a des conséquences sur l'attitude de la commission chargée d'élaborer la déclaration de la seconde. Voir, sur ce point, G. Conac, « Le Préambule de la Constitution de 1946. Une genèse difficile, un itinéraire imprévu », *in* G. Conac, X. Prétot, G. Teboul (Dir.), *Le Préambule de la Constitution de 1946*, *Ibid.*, p. 2 ; voir également, B. Plessix, « Les silences du Préambule », *in* Y. Gaudemet (Dir.), *Le Préambule de la Constitution de 1946*, Paris, Editions Panthéon Assas, 2007, p. 77.
[1092] Voir G. Vedel, J. Rivero, « Principes économiques et sociaux de la constitution : Le préambule », *Droit Social*, 1947, p. 13, repris *in* Pages de doctrine, vol. 1, Paris, LGDJ, 1980, p. 94 ; plus récemment, voir J. Bougrab, *Aux origines de la Constitution de la Ive République*, th., Paris, Dalloz, 2002, p. 329.
[1093] A propos des compétences de la commission, voir G. Berlia, « De la compétence des assemblées constituantes », *RDP*, 1945, p. 353.
[1094] *Séances de la Commission de la Constitution, Comptes rendus analytiques en exécution de la résolution votée par l'Assemblée le 26 avril 1946*, vol. 1, Imprimerie de l'Assemblée nationale constituante, 1946, p. 17.

suivant : la souveraineté nationale, le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif, le pouvoir judiciaire, la réforme administrative et la déclaration des droits[1095].

Très rapidement, la discussion s'engage sur le choix de l'ordre dans lequel ces points doivent être traités, c'est-à-dire l'indentification d'un « *ordre logique de leur examen*[1096] ». S'agissant de la déclaration des droits, les membres de la commission sont partagés. Une partie de la commission considère qu'il est préférable de discuter de la déclaration avant le corps même de la constitution[1097], une autre au contraire, suggère de réserver la discussion sur la déclaration au terme des travaux de la commission[1098]. Précisément, c'est ce dernier choix qui est entériné par la commission qui voit dans la Déclaration, une sorte de synthèse de l'ensemble des travaux[1099]. D'ailleurs, il apparaît intéressant de constater que les sensibilités exprimées par les membres de la Commission n'envisagent jamais la Déclaration comme un élément préalable à toute question relative à l'organisation des pouvoirs publics. Il ne s'agit en aucun cas de partir de principes fixes pour en déduire des conséquences dans l'ordre constitutionnel à venir. Mieux il semble plus pratique de justifier *a posteriori* un certain nombre de droits et libertés, une fois l'organisation des institutions élaborée.

Dans le fond[1100], c'est-à-dire dans le choix des droits qui doivent figurer dans la déclaration, on constate d'abord, que, de l'ensemble des propositions d'articles pour la déclaration, un certain nombre ne correspondent pas véritablement à des principes qui forment traditionnellement les droits énoncés au sein d'une déclaration des droits. Notamment, certains droits concernent parfois davantage le fonctionnement des pouvoirs publics. Par exemple, s'agissant de la justice, on interroge l'opportunité d'inscrire dans la future déclaration « *l'indépendance de la justice vis-à-vis du pouvoir exécutif*[1101] », « *la gratuité de la justice*[1102] » ou « *la contrainte par corps*[1103] ». Soucieux de recentrer les débats, le Président de la commission se demande si « *la discussion n'a pas eu déjà tendance à*

[1095] *Ibid.*, p. 24.
[1096] Intervention de M. Valentino, *Ibid.*, p. 19.
[1097] Voir, par exemple, l'opinion de M. Jacques Bardoux, *Ibid.*, p. 21.
[1098] Voir l'opinion de M. Henri Teitgen, *Ibid.*
[1099] *Ibid*.
[1100] Sur les débats de fond, voir G. Conac, « Le Préambule de la Constitution de 1946. Une genèse difficile, un itinéraire imprévu », *in* G. Conac, X. Prélot, G. Teboul (Dir.), *Le Préambule de la Constitution de 1946, op. cit.*, p. 5 et suiv.
[1101] *Séances de la Commission de la Constitution, op.cit.*, p. 176.
[1102] *Ibid.*, p. 176.
[1103]*Ibid.*, p. 177. Sur ce point, le Président de la Commission propose « *de laisser de côté, pour le moment, la question de la contrainte par corps : il s'agit de détails d'application qui n'ont pas à figurer dans la déclaration* ».

dépasser le cadre d'une déclaration des droits pour entrer dans le détail d'une réforme judiciaire ?[1104] » En réaction, il propose une formulation plus propice à l'objet d'une déclaration : « *Tout citoyen a droit à la justice ; il ne doit être gêné dans l'exercice de ce droit par des difficultés d'ordre matériel*[1105] ».

Surtout, les arguments avancés pour justifier tel droit apparaissent le plus souvent, comme des arguments politiques beaucoup plus que juridiques. Notamment, et il s'agit d'un aspect patent, la plupart des discussions insistent sur la nécessité de proposer une déclaration propice à l'approbation populaire de la constitution[1106]. D'ailleurs, cet aspect d'autant plus visible lors de la discussion du second projet de constitution, qui porte en lui le spectre d'un nouveau rejet par référendum[1107]. C'est donc le plus souvent l'assurance d'une adhésion populaire qui est déterminante sur ce point. En pratique, le pouvoir constituant souhaite convaincre le peuple au travers d'une déclaration complète[1108] et éviter de donner le sentiment que la nouvelle déclaration est moins protectrice que la première déclaration. La crainte que certains droits passés sous silence, soient considérés comme reniés par la constitution inquiètent la commission de façon permanente[1109].

Ainsi, par exemple, à l'occasion de la discussion sur l'opportunité d'inscrire « *l'accès à l'instruction et à la culture le plus large*[1110] », Jacques Bardoux défend cette formule et considère que « *ce serait une grave erreur électorale que de passer sous silence, car nombre d'électeurs – et surtout d'électrices, - qui y sont très attachés, s'imagineraient que cette*

[1104] *Ibid.*, introduction à la séance du vendredi 11 janvier 1946, p. 179.

[1105] *Ibid*.

[1106] *Ibid.*, p. 170 et suiv. Voir spéc., l'intervention de M. Montillot, p. 170 : « *Il ne faut donc pas poser de principes qui pourraient choquer certaines des catégories dont se compose la nation* ». En réplique, M. Henry Teitgen relève qu'il n'est pas important « *d'inscrire que les principes que les Français sont à peu près unanimes à admettre : ils seraient trop vagues et peu nombreux* ».

[1107] Pour faciliter le travail de l'Assemblée, un accord a été trouvé, parmi les membres de la commission, pour travailler sur la base du premier projet rejeté, au lieu d'imaginer une nouvelle constitution. Disposant d'un temps relativement mince pour proposer une nouvelle constitution au peuple français, cette méthode apparaît plus efficace.

[1108] Dans un article célèbre paru en 1947, Jean Rivero et Georges Vedel interrogent, au contraire, les « *silences* » du Préambule. Il relève que « *l'exégèse d'ailleurs ne saurait s'en tenir aux mots ; elle doit interroger les silences ; ce que nos constituants ont refusé de dire éclaire souvent ce qu'ils ont dit* ». Voir G. Vedel, J. Rivero, « Principes économiques et sociaux de la constitution : Le préambule », *Droit Social*, 1947, p. 13, repris *in* Pages de doctrine, vol. 1, Paris, LGDJ, 1980, p. 93. Récemment, M. Plessix a repris cet angle d'analyse. Voir B. Plessix, « Les silences du Préambule », *in* Y. Gaudemet (Dir.), *Le Préambule de la Constitution de 1946*, Paris, Editions Panthéon Assas, 2007, p. 75.

[1109] Voir, par exemple, l'intervention de M. Courant lors de la séance du jeudi 8 août 1946 : « *on procède actuellement à une énumération incomplète de droits, laquelle laisse supposer que les droits non inscrits sont refusés* ». *Séances de la Commission de la Constitution*, vol. 2, *op.cit.*, p. 297.

[1110] *Ibid.*, p. 293.

liberté n'est pas garantie par la constitution[1111] ». Plus généralement, Bardoux est favorable à une déclaration « ***plus spectaculaire, plus psychologique, plus politique***[1112]».

Dans le même sens, à propos d'un projet de déclaration intermédiaire, M. Courant, constate que le texte mériterait de consacrer « *l'assistance aux vieillards et la solidarité envers les sinistrés*[1113] » et s'inquiète d'une éventuelle comparaison avec la déclaration de la première constitution. « *L'opinion supposera* » relève-t-il, « *à tort ou à raison, que l'une et l'autre ont été intentionnellement écartées*[1114] ». C'est précisément l'une des raisons pour lesquelles certaines propositions, dont des propositions définitivement adoptées par la Commission, sont extrêmement précises et rentrent dans les détails particuliers des droits consacrés. Par exemple, Pierre Cot, conscient de la nécessité de ne pas oublier des droits qui apparaissent dans la première déclaration voire des déclarations antérieures[1115], propose une disposition selon laquelle, « *elle prévoit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence*[1116] ». Un amendement présenté par M. Mignot de la même façon, suggère d'insérer une disposition qui prévoit que « *L'Etat a pour mission de gérer les services qui sauvegardent le domaine public, la sûreté intérieure et extérieure de la nation. Il coordonne et surveille l'action des forces économiques et sociales, prévenant notamment toute concentration d'industries ou de personnes qui constituerait une menace d'oppression. Il contrôle et sanctionne toute coalition qui tendrait à empêcher l'exercice d'une libre concurrence*[1117] ».

Par ailleurs, et il s'agit toujours de démontrer que la déclaration doit recueillir la confiance du peuple, l'évolution des formules retenues au sein des déclarations dans les deux projets est significatif[1118]. Sensibles à la Déclaration des droits de l'homme de 1789, les français ont pu considérer en rejetant le premier projet de constitution, que la déclaration remplaçait la

---

[1111] *Ibid*.
[1112] *Ibid*.
[1113] *Ibid.*, p. 298.
[1114] *Ibid.*
[1115] C'est le sens d'un amendement proposé par le groupe communiste lors de la Séance du mercredi 21 août 1946. Dans l'exposé des motifs, il est inscrit : « *Le silence sur ce point ne pourrait être compris que comme un abandon d'une des conquêtes les plus importantes des républicains au cours du XIXe siècle* ». *Ibid.*, p. 306.
[1116] *Ibid.*, p. 302-303.
[1117] Voir la proposition d'amendement présentée par M. Mignot le vendredi 23 août 1946, *Ibid.*, p. 351.
[1118] Pour une analyse du Préambule, voir X. Prétot, « Alinéa 1 », *in* G. Conac, X. Prélot, G. Teboul (Dir.), *Le Préambule de la Constitution de 1946*, *op. cit.*, p. 12.

Déclaration des droits de 1789[1119]. Sur ce point, la lecture du projet de constitution du 19 avril 1946, et notamment son Préambule, ne donne pas d'indication : « *Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine et viennent d'ensanglanter le monde entier, le peuple français, fidèle aux principes de 1789 - charte de sa libération - proclame à nouveau que tout être humain possède des droits inaliénables et sacrés, auxquels nulle loi ne saurait porter atteinte, et décide, comme en 1793, 1795, et 1848, de les inscrire en tête de sa Constitution*[1120] ».

Conscient du renvoi timide aux principes de 1789 dans le premier projet, le nouveau projet est beaucoup plus explicite s'agissant de l'adhésion aux principes et aux valeurs de la Déclaration de 1789. En conséquence, le nouveau Préambule énonce qu'au « *lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés. Il réaffirme solennellement les droits et les libertés de l'homme et du citoyen consacrés par la Déclaration des droits de 1789 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République*[1121] ». Ainsi, si on peut croire que la première déclaration tend à rompre avec le passé et la tradition de la France, la seconde déclaration montre une continuité depuis l'héritage révolutionnaire et rappelle la vitalité de la déclaration de 1789[1122].

Par conséquent, la tournure générale et le détail précis des droits[1123] contenus dans la déclaration de 1946 peuvent pour une part, s'expliquer par la volonté d'éviter que l'opinion publique considère que la nouvelle déclaration est moins complète et moins protectrice que le texte rejeté par référendum. Les débats en Commission[1124] permettent sous cet angle, de

---

[1119] Voir, sur cet aspect, G. Conac, « Le Préambule de la Constitution de 1946. Une genèse difficile, un itinéraire imprévu », *Ibid.*, p. 12.

[1120] Voir *Le Préambule de la Constitution de 1946*, *op.cit.*, Annexe III, p. 449.

[1121] *Ibid.*, p. 706.

[1122] Voir, sur l'idée d'un texte de compromis, G. Vedel, J. Rivero, « Principes économiques et sociaux de la constitution : Le préambule », *Op. Cit.*, p. 104 et suiv ; voir également J. Chevallier, « Essai d'analyse structurale du Préambule », *in* G. Koubi (Dir.), *Le Préambule de la constitution de 1946. Antinomies juridiques et contradictions politiques*, Paris, PUF, 1996, p. 13 : « *On constate ainsi que la « structure » du Préambule est composite, puisqu'à côté de la réaffirmation solennelle des droits et libertés consacrés par la Déclaration de 1789, ainsi que des « principes fondamentaux reconnus par les lois de lois de la République », l'on trouve un ensemble de « principes politiques, économiques et sociaux jugés particulièrement nécessaires à notre temps »* ».

Pour un exemple récent, voir J. Bougrab, *Aux origines de la Constitution de la IVe République*, *op.cit.*, p. 327 et suiv.

[1123] Lors des débats, M. Courant a pu relever, en ce sens, que la solution retenue par la Commission a consisté à « *abandonner les principes et descendre dans le particulier* ». Voir *Séances de la Commission de la Constitution*, vol. 2, *op.cit.*, p. 298.

[1124] Sur la nature et l'utilité d'une déclaration, les interventions de René Capitant, plus particulièrement, sont intéressantes en ce qu'elles renouent avec les constructions juridiques. En effet, très tôt dans la discussion sur les articles à intégrer à la future déclaration, il relève qu'à la suite de l'éclosion d'Etats totalitaires en Europe, la

mesurer le poids de la nécessité de reccueillir, dans un délai court, l'approbation des différents partis[1125] composant la commission, mais surtout celle du peuple[1126].

La constitution doit être enrobée de symboles rassurant pour le peuple et c'est sans doute moins la partie qui prévoit les règles de fonctionnement des pouvoirs publics, que celle relative aux droits et libertés, qui permet au peuple de se forger une conviction sur les bien-fondés du texte qui lui est proposé.

---

nécessité d'une déclaration revêt une importance particulière. Dans son objet, relève Capitant, une déclaration « *fixera l'orientation du nouveau régime et doit frapper l'opinion française et étrangère* ». De même, il entend mettre en garde les membres de la Commission qui ont tendance, selon ses dires, à confondre le contenu d'une déclaration avec les règles de fonctionnement des institutions dans le cœur même de la constitution. Les discussions doivent, ainsi, porter, à titre principal, sur les droits fondamentaux, rappeler les « *immortels principes de 1789* » et être guidé « *avec le souci de l'éternel* ».

Par exemple, il relève, à l'occasion du débat sur la gratuité de la justice, que tout ce qui a trait à la réforme judiciaire n'a pas de place dans une déclaration des droits. De même, s'agissant de l'accès à la justice, il précise que les droits contenus dans la déclaration doivent nécessairement être d'application uniforme, c'est-à-dire à tous les citoyens quelles que soient leurs conditions. Voir *Séances de la Commission de la Constitution*, vol. 1, *Ibid.*, p. 172 et suiv.

Autre exemple, s'agissant de l'opportunité d'intégrer la limitation de la souveraineté de l'Etat dans ses relations internationales. Sur ce point, René Capitant relève qu'une « *déclaration des droits, pas plus qu'elle ne doit comprendre une description des institutions politiques de l'Etat, ne doit préjuger des actes diplomatiques que la France pourra être amenée à conclure. La déclaration doit rester une déclaration des droits de l'homme : son objet est de préciser que ces droits sont reconnus à tout individu, quelle que soit sa nationalité ou sa citoyenneté. Il est essentiel de respecter la distinction méthodologique qui veut qu'on ne parle pas, dans une constitution nationale, d'organismes internationaux* ». *Ibid.*, p. 196.

[1125] Voir, sur ce point, G. Vedel, J. Rivero, « Principes économiques et sociaux de la constitution : Le préambule », *op.cit.*, p. 111. Voir également, J. Bougrab, *Aux origines de la Constitution de la IVe République*, *op. cit.*, p.335 : « *La commission décida à l'unanimité de reprendre la Déclaration de 1789. Ce vote montrait le changement d'esprit de la seconde Assemblée nationale constituante qui cherchait à adopter le plus rapidement possible un texte susceptible de réunir les voix de l'ensemble des groupes politiques et par conséquent des Français* ».

[1126] Sur ce point, on trouve également, s'agissant du contenu du préambule au sein des travaux préparatoires de la constitution de 1958, certains débats qui témoigne de la nécessité d'enrober la constitution de droits libéraux afin de convaincre le peuple au moment de la consultation référendaire. Voir, par exemple, la proposition d'amendement de Marcel Waline devant le Comité consultatif constitutionnel, suggérant d'intégrer *l'habeas corpus* au préambule. Il considère, pour soutenir cette proposition, qu'il « *est évident que le projet de Constitution que nous avons contribué à établir, institue une République d'un caractère très démocratique, certes, mais d'un caractère tout de même autoritaire et il est certain que la campagne qui va avoir lieu pour le referendum ne va pas manquer de taxer cette Constitution de massive. Il faut envisager une parade sous la forme d'une déclaration liminaire marquant, dès le début même de la Constitution, notre fidélité aux traditions républicaines et libérales (…) pour compenser ce que peut avoir d'un peu insuffisant cette formule vague (renvoi au préambule de 1946), j'ai cherché la phrase qui pourrait être mise dans le préambule pour que dès le début, la Constitution apparaisse avec un caractère nettement libéral, et il m'a semblé qu'aucune Constitution française n'avait, jusqu'ici, inscrit dans son texte le principe de l'habeas corpus* ». Voir Comité national chargé de la publication des travaux préparatoires des institutions de la Ve République, *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, vol. 2, La Documentation française, Paris, 1987, p. 447.

B/ Débattre et régler les aspects pratiques des principes généraux consacrés par la constitution : éviter les constructions théoriques et juridiques fondamentales

Si la constitution contient des mots qui correspondent à des principes juridiques connus du droit constitutionnel, les raisons qui ont conduit au choix de ces mots sont le plus souvent, factuelles et « *a-juridiques* » (1). Parallèlement, on constate également certains glissements lors des travaux des Assemblées constituantes. A partir de certaines questions dont l'enjeu apparaît initialement strictement juridique, les circonstances du moment les vident totalement de leur substance juridique et les ramènent à des questions strictement politiques (2).

1/ Une relative indifférence à l'égard des mots choisis dans le texte constitutionnel

Au terme de la loi du 2 novembre 1945 chargée d'organiser le gouvernement provisoire et la mise en place de la Commission ayant pour mission d'élaborer une nouvelle constitution[1127], il est prévu que les pouvoirs accordés à l'Assemblée prendront fin sept mois après la tenue de la première réunion[1128]. Ces conditions matérielles expliquent entre autres, la volonté du pouvoir constituant de se concentrer sur les réponses concrètes aux questions constitutionnelles et d'écarter le plus possible les discussions théoriques, susceptibles d'allonger la durée des travaux. Rassemblant des personnalités aux sensibilités politiques différentes, les débats de doctrine risquent de compliquer le consensus. Parallèlement, le moment constituant et notamment la situation de la France en 1945, suppose de faire face à une situation de transition et ainsi, de répondre aux problèmes concrets du moment.
Le temps et une situation provisoire constituent dès lors, des facteurs essentiels de l'appréhension par le pouvoir constituant, des principes juridiques qui doivent figurer dans le texte de la constitution. C'est dire que s'ils sont envisagés de façon pratique, les principes reçoivent plus facilement l'adhésion de la majorité des membres et que passer sous-silence des questions théoriques importantes, permet d'aller plus vite dans la mission constituante.

Le « *point I* » du plan d'étude élaboré par le Président de la Commission chargée d'élaborer le premier projet de constitution en 1946 concerne le principe de souveraineté nationale et ses

[1127] Voir le texte de la loi sur le site internet de l'Université de Perpignan, disponible à l'adresse suivante : http://mjp.univ-perp.fr/france/co1945.htm
[1128] Art. 6 : « *Les pouvoirs de l'Assemblée expireront le jour de la mise en application de la nouvelle Constitution et, au plus tard, sept mois après la première réunion de l'Assemblée* ».

conditions d'exercice. Notamment, il s'agit de savoir s'il faut accorder aux citoyens un droit d'initiative en matière législative et/ou en matière constitutionnelle, ainsi que les conditions d'admission du référendum au sein de la Constitution[1129]. Dès lors, les débats en Commission confrontent les prises de position entre une conception strictement représentative de la démocratie et une démocratie directe ou semi-directe qui permet d'introduire des mécanismes d'intervention du peuple à l'exercice du pouvoir[1130].

A partir de cette alternative, apparaissent des questions de fond comme la définition de la souveraineté, le contrôle des élus ou la compétence du peuple pour se prononcer sur des problèmes majeurs. Néanmoins très rapidement le président de la Commission, André Philip, soucieux d'aboutir rapidement à un projet de constitution, oriente les débats vers des enjeux pratiques, en laissant de côté les aspects théoriques impliqués par la souveraineté. Précisément, il invite les membres de la Commission à « ***réagir contre le professeur de droit qui est en eux. Sinon bien du temps sera perdu dans des débats très intéressants certes, mais sans conclusions pratiques***[1131] ».

Une fois le débat recadré, les modalités de participation du peuple à l'exercice du pouvoir sont rapidement réglées. S'agissant d'un éventuel droit d'initiative populaire en matière législative, il est évacué de la discussion dans la mesure où aucun membre de la Commission ne se montre favorable à sa consécration[1132]. C'est donc simplement en matière constitutionnelle que la Commission adopte à l'unanimité, le principe du référendum. En pratique, il s'agit de régler les modalités concrètes d'exercice du pouvoir par le peuple avant même d'identifier le fondement juridique général qui permet de déduire traditionnellement ces modalités. Peu importe que la souveraineté soit nationale ou populaire, l'institution du référendum en matière constitutionnelle doit être inscrite dans le texte.

Le Président procède à une synthèse des échanges et indique trois directions possibles sur l'utilisation du référendum : le référendum doit être utilisé pour la ratification des textes d'une

---

[1129] Voir *Séances de la Commission de la Constitution, Comptes rendus analytiques en exécution de la résolution votée par l'Assemblée le 26 avril 1946*, vol. 1, Imprimerie de l'Assemblée nationale constituante, 1946, p. 23 : « *M. le président constate l'accord à peu près complet sur l'ordre de la discussion. D'abord la question de l'initiative populaire en matière législative : admettra-t-on des projets émanant d'un certain nombre de citoyens ? Ensuite le referendum : si la commission en accepte l'institution, pourra- t- il être appliqué à toutes les lois, sera-t-il limité à certaines lois importantes, dont le critère serait d'ailleurs difficile à établir, ou réservé seulement aux questions d'ordre constitutionnel ou d'interprétation de la constitution ?* »

[1130] C'est le sens de l'intervention de René Capitant. *Ibid.*, p. 23 : « *M. René Capitant demande à la commission de dire si elle reste fidèle à la démocratie purement représentative, conception qui a triomphé en France depuis les assemblées révolutionnaires jusqu'à la constitution de 1875 : ici le peuple transfère pour un temps déterminé la souveraineté aux élus. La commission se rallie-t-elle, au contraire, au système de la démocratie directe ou semi-directe, dans lequel le peuple ne se contente pas d'élire, mais exerce un droit d'initiative ou de contrôle, comme cela se passe en Suisse, par exemple ?* »

[1131] *Ibid*.

[1132] *Ibid.*, p. 24.

importance particulière, le référendum doit être prévu seulement pour approuver une révision de la constitution et la troisième direction consisterait à en faire un instrument de contrôle de constitutionnalité des lois[1133].

Finalement, à l'issue des travaux[1134], le projet définitif de constitution ne retient que la troisième voie et se contente d'organiser la participation du peuple *via* une procédure de référendum provoquant la révision de la constitution. En ce sens, l'alinéa 1er de l'article 123 prévoit que « *La présente constitution, adoptée par le peuple français, ne peut être révisée que par le peuple français*[1135] ». Techniquement, au terme d'une procédure déclenchée par l'Assemblée, c'est le peuple, en dernier ressort, qui décide de la modification de la constitution[1136].

C'est donc, au travers du référendum en matière constitutionnelle, couplé avec l'élection, que l'exercice de la souveraineté est organisé dans le premier projet de constitution. Par extension, cela signifie que la nature de la souveraineté n'est pas strictement nationale, en introduisant des mécanismes de démocratie semi-directe. Juridiquement, il s'agirait de l'application du principe de souveraineté populaire. D'ailleurs, une exégèse du texte semble le confirmer, dans la mesure où l'article 43 du projet définitif prévoit que « *La souveraineté appartient au peuple. Elle s'exerce conformément à la Constitution*[1137] ».

Sans le dire explicitement, cet article semble admettre l'idée de souveraineté populaire alors qu'initialement la formule préconisée était : « *La souveraineté nationale appartient au peuple*

[1133] Sur ce dernier point, est introduite l'idée d'une procédure qui consiste à donner au Président de la République, la possibilité de saisir une commission juridique en cas de doute sur la conformité d'une loi à la constitution. Si cette dernière considère qu'une loi méconnaît la constitution, le Président transmet cet avis au Parlement qui peut, au terme de la procédure, soit modifier le texte de loi soit solliciter un référendum afin que le peuple tranche. Dans le cas d'un désaccord avec la commission, la décision populaire provoque une révision automatique de la constitution. *Ibid.*, p 25 et 26.

[1134] Devant les divergences récurrentes des divers camps politiques, la question d'introduire une procédure de contrôle de constitutionnalité des lois dans la constitution est abandonnée par la commission. *Ibid.*, p 638.
Dans son allocution, le président relève qu'il « *ne serait plus question dans le texte constitutionnel de contrôle de la constitutionnalité des lois, mais de modalités de révision de la constitution* ».

[1135] Voir le projet définitif de constitution du 19 avril 1946, disponible sur le site de l'université de Perpignan, à l'adresse suivante : http://mjp.univ-perp.fr/france/co1946p.htm

[1136] L'article 143 du projet de constitution est rédigé de la façon suivante :
« *La présente constitution, adoptée par le peuple français, ne peut être révisée que par le peuple.*
Elle a lieu dans les formes suivantes :
L'Assemblée nationale, par une résolution prise par scrutin public à la tribune, à la majorité des députés, déclare qu'il y a lieu de réviser la Constitution. La résolution précise l'objet de la révision.
Elle est soumise à une deuxième lecture dans le délai minimum de trois mois.
Après cette seconde lecture, l'Assemblée nationale élabore un projet de loi portant révision de la Constitution.
Ce projet est voté à la majorité et dans les formes prévues pour la loi ordinaire.
Ce projet de loi est soumis au référendum.
En cas d'adoption par le peuple, il est promulgué comme loi constitutionnelle par le président de la République dans les huit jours qui suivent la date du référendum ». Voir http://mjp.univ-perp.fr/france/co1946p.htm

[1137] http://mjp.univ-perp.fr/france/co1946p.htm

français[1138] ». On pourrait ainsi penser qu'entre la séance du mardi 19 février 1946 où c'est cette dernière formule qui fait autorité et la séance du 22 mars 1946 qui permet la suppression de l'adjectif « *national* », les membres de la Commission ont pris conscience qu'il y a avait dans le projet, des institutions qui s'écartent de l'application d'une souveraineté strictement représentative. Malheureusement, l'analyse des discussions entre ces deux dates n'apporte pas beaucoup de réponses sur ce point. L'histoire de ce changement terminologique ne procède pas de la logique juridique. En effet, c'est simplement lors de cette séance du vendredi 22 mars 1946 que le changement apparaît. Consacrée à l'étude des textes définitifs sur les institutions, cette séance est réaménagée compte tenu de l'absence du président et du rapporteur général de la Commission. En conséquence, les textes ne sont évalués que dans la forme et les discussions du fond sont reportées[1139]. A la lecture de l'article au terme duquel « *la souveraineté nationale appartient au peuple français* », MM. Boisdon et Fajon suggèrent de supprimer les termes « *nationale* » et « *français* » car il y a là l'emploi de formules inutiles. Ces propositions sont adoptées immédiatement.

La formule retenue n'est plus débattue par la suite et c'est celle qui figure sur le projet définitif. On est loin de la volonté des membres de la commission de vouloir, compte tenu de l'introduction de mécanismes de démocratie semi-directe, consacrer un principe qui ne répond pas de la seule souveraineté nationale.

Au titre d'une synthèse de l'appréhension des principes par la première commission chargée d'élaborer une constitution en 1946, les considérations du rapport de Pierre Cot, rapporteur général, sont éclairantes. A propos de la méthode générale suivie par la commission, il relève que « ***la commission a systématiquement écarté toutes les discussions dogmatiques : elle s'est constamment placée sur le terrain du réalisme, ce qui a favorisé l'effort de conciliation***[1140] ». Il ajoute que « ***La commission de la Constitution est une commission politique. Elle s'est placée sur un plan politique, elle n'a pas bâti un projet dans l'abstrait. Le système qu'elle a élaboré ne peut être recherché à tel ou tel type de gouvernement : il est sui generis***[1141] ».

[1138] Voir Séances de la Commission de la Constitution, *op. cit.*, p. 407.

[1139] *Ibid.*, p. 579 : « *le président de la commission et le rapporteur général, retenus à la sous-commission, suggèrent à la commission d'examiner en leur absence les textes déjà préparés, mais seulement du point de vue de la forme, étant bien entendu que tous les articles sur lesquels des divergences de fond apparaîtront seront réservés* ».

[1140] *Ibid.*, p. 661.

[1141] *Ibid.*, p. 663.

Le projet de constitution imaginé par le pouvoir constituant dans sa première version, constitue une réponse aux nécessités du moment. Avant toute chose, sa tâche fut d'identifier les besoins nationaux afin d'y répondre à travers l'organisation constitutionnelle à venir et de représenter au mieux l'intérêt général[1142].

2/ Du droit vers des enjeux strictement politiques, l'exemple de l'élaboration de la Constitution de 1958

Au Comité consultatif constitutionnel, l'un des aspects novateurs et très discuté du projet gouvernemental de constitution en 1958 concerne les relations entre l'Etat et les collectivités territoriales. Précisément, s'agissant des relations entre la République et les collectivités territoriales d'outre-mer, le projet prévoit plusieurs aménagements. Dans leur nature d'abord, les collectivités territoriales peuvent maintenir leur statut au sein de la République mais peuvent également décider de la transformation de ce statut en département. Dans leurs relations avec l'Etat central ensuite, elles peuvent rester au sein de la République ou décider d'organiser avec cette dernière, une fédération[1143]. Enfin, un Titre XII intitulé « *la Communauté des peuples libres* », prévoit la possibilité d'une union entre la Fédération et les Etats qui le souhaitent, au sein d'une Communauté de peuples libres c'est-à-dire juridiquement au sein d'une Confédération. Ainsi, les territoires d'outre-mer peuvent devenir départements, membres de la fédération ou membres de la communauté.

Afin d'éclairer les membres du Comité sur l'esprit du projet qui leur est présenté, le Commissaire du Gouvernement, M. Janot, précise, s'agissant plus particulièrement de la fédération, qu'elle « *est le groupement créé entre la République et les peuples des territoires d'outre- mer*[1144] » et précise également, que la fédération repose sur deux grands principes : la

---

[1142] Le rapport de la commission précise, sur ce point, que la constitution a été « *faite sur mesure : son mérite est de correspondre à un état de choses et notamment à certains rapports sociaux dans un pays déterminé* ». *Ibid.*, p. 663 et 664.

[1143] Voir *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, vol. 2, La Documentation française, Paris, 1987, p. 34. L'article 66 du Titre X de l'avant projet est ainsi rédigé : « *Les peuples des territoires d'outre-mer peuvent garder leur statut territorial au sein de la République. S'ils en manifestent la volonté par délibération de leur Assemblée territoriale, ils peuvent obtenir la transformation de leur territoire en département, compte tenu, le cas échéant, de dispositions particulières qui sont fixées par la loi, ou devenir, groupés ou non entre eux, membres de la Fédération dans les conditions prévues au titre XI* ». L'article 67 prévoit quant à lui : « *Entre la République et les peuples des territoires d'outre-mer qui en manifestent la volonté par délibération de leur assemblée territoriale, il est créé une Fédération* ».

[1144] *Ibid.*, p. 48.

consécration de l'autonomie des membres et l'attribution d'un certain nombre de compétences exclusives à la fédération[1145]. D'un point de vue institutionnel, les rédacteurs du projet n'ont imaginé qu'une institution, celle du président de la République également président de la fédération.

Présentées brièvement, ces nouvelles dispositions procèdent essentiellement de la volonté de prendre en compte la diversité des collectivités territoriales et de faire preuve de réalisme. Les rédacteurs ont constaté que la volonté des représentants des collectivités pouvait varier sensiblement, dans la mesure où certains font montre d'une volonté de demeurer une collectivité rattachée à l'Etat d'autres au contraire, souhaitent davantage d'autonomie. Ces dispositions traduisent ainsi le souhait, de la part du Gouvernement, de prendre en compte les diversités et de consacrer des formules souples, permettant d'adapter les relations entre l'Etat et les collectivités d'outre- mer[1146].

Politiquement, le Gouvernement entend insister sur le fait, que le choix de termes généraux répond d'un souci de respecter l'acte d'adhésion qu'est la constitution. Trop de précision aboutirait, selon les termes de M. Janot, à « *une charte octroyée*[1147] » et telle n'est pas la volonté du Gouvernement. Par ailleurs, à ce stade le projet doit laisser place à la discussion et à l'échange, afin de définir au mieux les lignes essentielles de cette fédération. Il s'agit de travailler sur des questions concrètes et surtout, de laisser une place importante aux pourparlers[1148].

Pour toutes ces raisons, le projet a décidé de qualifier juridiquement les relations entre l'Etat et les collectivités territoriales, mais c'est bien une volonté d'envisager de façon large et pragmatique, différents liens possibles qui a gouverné à l'élaboration du projet de constitution. Sur ce point, il apparaît alors manifestement une cohérence fragile entre le choix de principes juridiques qui impliquent des conséquences précises et la volonté de prendre en compte la diversité et la singularité des collectivités territoriales d'outre-mer. Le recours aux principes juridiques de « *fédération* » et dans une moindre mesure, de « *communauté* » n'est-il pas susceptible d'enfermer ces relations dans des règles précises, là où précisément le

[1145] Les matières concernées sont énumérées par le Commissaire : la politique étrangère, la défense, la monnaie, la politique économique et financière commune, l'exploitation des matières premières stratégiques, le contrôle de la justice et l'enseignement supérieur. *Ibid.*, p. 49.

[1146] Voir, sur ce point, l'allocution de M. Janot : les dispositions réglant les relations entre l'Etat et les collectivités territoriales « *ont eu essentiellement le souci d'être très concrets et d'adopter des solutions aussi honnêtes que possible*. » *Ibid.*, p. 49.

[1147] *Ibid.*, p. 48.

[1148] Notamment avec les représentants des territoires concernés et à la détermination ultérieure de dispositions particulières à travers des lois organiques.

Gouvernement souhaite régler ces questions de façon réaliste ? Bien évidemment, le choix des mots « *fédération* » et « *communauté* », ont été largement évoqué dans les débats au sein du Comité consultatif.

Parallèlement, la création d'une fédération permettrait, selon le projet, de maintenir les liens entre la République et des entités fédérées au sein d'un Etat global mais la philosophie générale du texte semble entrer en contradiction avec cet aspect. En effet, dans la présentation du projet, M. Janot, relève que « *l'institution des liens fédéraux, serait une solution satisfaisante* (…) *pour une sortie de la République*[1149] ». Il insiste, à plusieurs reprises, sur les multiples possibilités offertes aux collectivités parmi lesquelles, celles « *qui les en font sortir*[1150] ». Il en résulte alors une ambiguïté entre l'instauration textuelle d'une fédération qui par définition, favorise l'autonomie, mais maintient les liens avec l'Etat fédéral et le discours gouvernemental qui évoque une rupture totale avec l'Etat. L'emploi du terme « *fédération* » apparaît ainsi dévié de son sens classique et la question suivante alimente largement les débats : « ***N'y aurait-il pas intérêt à changer de vocabulaire, et, de façon plus générale, à employer un vocabulaire qui sorte de ces expressions « Fédération », « Confédération » ou autres et qui postule des systèmes juridiques a priori***[1151] ». M. Coste-Floret rappelle, de façon pertinente sur ce point, que « *le groupe de travail d'outre-mer a constaté que sous le titre XI, « La Fédération », le Gouvernement avait en réalité bâti un système juridique extrêmement intéressant, mais qui ne procédait pas du concept fédéral tel qu'on a l'habitude de le concevoir d'un point de vue juridique, dans notre pays*[1152] ».

Pour répondre au Comité, le Commissaire du Gouvernement n'a d'autre réponse que de confirmer la possibilité de rester au sein de la République ou d'en sortir pour entrer dans une fédération. Le texte est cohérent, nous dit le Commissaire, il suffit simplement d'admettre que le terme fédération peut revêtir plusieurs sens : « *On peut choisir une terminologie différente. Je ne suis pas du tout persuadé que le Gouvernement ait choisi la meilleure. Mais je crois que c'est assez cohérent*[1153] ». Parallèlement, le groupe de travail sur les territoires d'outre-mer propose une alternative entre Fédération et Confédération. Un Titre XI bis est en effet, ouvert

[1149] *Ibid.*, p. 48.
[1150] *Ibid.*
[1151] Intervention de M. Coste- Floret, *Ibid.*, p. 51.
[1152] *Ibid.*, p. 305.
[1153] Réponse de M. le Commissaire du Gouvernement, M. Janot. *Ibid.*, p. 55.

à discussion et permet aux collectivités de créer une Confédération, à côté de la possibilité d'une Fédération et surtout, d'élargir les débats et de se prononcer sur le meilleur choix[1154].

Pourtant, à partir de discussions juridiques sur la cohérence des principes à consacrer et la meilleure qualification des liens susceptibles d'unir l'Etat central et les collectivités territoriales, le débat s'apprête à devenir essentiellement politique. Précisément, à la question juridique de savoir quelle est la meilleure qualification pour organiser les relations entre la République et les collectivités est substitué un débat politique. Orientée autour de l'alternative « *fédération/confédération* », la mutation se produit car la confédération va à l'encontre de la volonté du Gouvernement qui avait exclu en amont cette possibilité, au profit de la seule fédération. Pour cette raison, le thème de la décentralisation devient à ce stade, celui des compétences respectives entre le Gouvernement et le Comité. L'un des facteurs qui a d'ailleurs contribué à vider le débat de sa substance juridique vers des questions strictement politiques, fut l'intervention du Général De Gaulle au Comité. Matérialisant le choix gouvernemental en faveur de la fédération, cette intervention fut perçu comme une sorte d'injonction envers les membres du Comité consultatif. « *Nous nous sommes décidés pour le terme « Fédération » parce qu'il dit, je crois, très clairement ce qu'il veut dire et nous nous en tenons là*[1155] », considère notamment le Général De Gaulle.

On assiste alors à un déplacement d'objet et c'est dorénavant des compétences du Comité consultatif dans le processus constituant qu'il est essentiellement question : le Comité a-t-il compétence pour ajouter au texte du Gouvernement[1156] ? La loi du 3 juin 1958 qui attribue compétence au seul Gouvernement pour proposer une nouvelle Constitution et qui prévoit le seul avis du Comité, exclut-elle toute proposition concrète qui ressort du seul Comité ? Le Général De Gaulle ayant rappelé explicitement le choix du Gouvernement en faveur de la Fédération, n'a-t-il pas rendu caduque la nouvelle orientation du débat ?

Autour de la question de savoir s'il vaut mieux consacrer la possibilité d'une Fédération ou d'une Confédération pour organiser les relations entre l'Etat et les collectivités territoriales,

---

[1154] *Ibid.*, p. 124.
[1155] *Ibid.*, p. 309.
[1156] Voir, par exemple, l'intervention de M. Triboulet, *Ibid.*, p. 376 : « *Mais le comité consultatif constitutionnel n'a pas pour mission de modifier profondément le projet qui est soumis. Il est ici pour le modifier dans le détail, pour l'améliorer, non pas pour en changer les principes* (…) *En effet, c'est prendre une responsabilité politique extrêmement grave. Or, nous ne sommes pas réunis ici pour prendre des responsabilités politiques de premier plan, nous sommes ici pour étudier un texte et nous efforcer de l'améliorer* ».

les évènements lui ont substitué celle d'un désaccord politique entre le Gouvernement et le Comité consultatif constitutionnel. Très significatif de cet aspect, le groupe de travail sur les territoires d'outre-mer indique que « *alors que, dans les autres titres, nous faisions œuvre institutionnelle, au titre XI, ne nous le dissimulons pas, nous faisons œuvre politique – politique évidemment avec un aspect institutionnel, mais politique d'abord – et il serait infiniment déplorable que, sur ce point, il y eût des divergences profondes entre la pensée du Gouvernement qui est constituant de par la loi, et le Comité consultatif que nous représentons*[1157] ».

A l'issu des travaux du Comité, ce ne sont finalement ni la fédération ni la confédération qui seront retenues mais le terme de « *communauté* ». Synthèse de l'ensemble des travaux, les raisons qui ont guidé ce choix sont exposées par M. Raynaud, président du Comité consultatif constitutionnel dans une lettre adressée au Général De Gaulle en date du 14 août 1958[1158] : « ***un examen plus approfondi de ces textes (avant projet du Gouvernement) a conduit le Comité à penser que ces deux catégories juridiques étaient trop abstraites pour répondre exactement aux exigences réelles de l'ensemble français et pour être harmonisées avec les intérêts profonds du Gouvernement****. Aussi, le Comité a-t-il entrepris de définir un domaine commun aux différents pays intéressés et de déterminer des institutions communes dont il a précisé l'organisation et le rôle. Cette méthode réaliste a permis d'aboutir à un accord sur la création d'une Communauté. Celle-ci est conçue de telle façon qu'elle peut à la fois respecter la situation particulière de certains de ses membres et s'adapter à l'évolution du monde sans que soit à l'avance présumé le sens de cette évolution*[1159] ».

Conclusion du Chapitre 1er

L'article 1er du projet de Constitution élaboré par le Gouvernement en 1958 entend reprendre les termes de la Constitution de 1946 qui dispose que « *la France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale*[1160] ». Pour autant, compte tenu de l'évolution des relations entre l'Etat et d'autres collectivités, notamment la mise en place d'une Communauté, la confirmation du caractère indivisible de la République est-il toujours conforme aux

[1157] *Ibid.*, p. 370.
[1158] *Ibid.*, p. 557.
[1159] Lettre du président Paul Raynaud au Général De Gaulle, *Ibid*., p. 561.
[1160] http://mjp.univ-perp.fr/france/co1946-0.htm#1

dispositions qui permettent la réunion des collectivités au sein d'une Communauté et surtout, la possibilité de quitter cette dernière ? Conscients des remarques formulées en ce sens, les rapporteurs MM. Martin et Deschamps interviennent successivement devant le Comité constitutionnel. Le premier indique qu'il « ***est bien certain que du point de vue juridique pur, nous sommes en pleine contradiction. Mais il est bien certain qu'il est impossible de supprimer de ce projet de Constitution l'article 1er. Il est impossible de ne pas reprendre les termes essentiels de la Constitution de 1946***[1161] ». M. Deschamps poursuit : « ***C'est encore un des points sur lesquels on n'est peut être pas juridique, mais il est nécessaire que cela soit à peu près clair et que cela reste***[1162] ».

Représentatif de bon nombre d'aspects couverts par le présent chapitre, ce dernier exemple matérialise l'idée générale selon laquelle, la constitution ne correspond, bien souvent, pas à l'application des principes juridiques qui sont identifiés par les manuels de droit constitutionnel. Très largement guidé par des motifs empiriques, les circonstances réelles, les querelles politiques, les conditions matérielles d'élaboration du texte, le pouvoir constituant, dans les trois dernières constitutions qu'a connues la France, se désintéresse assez largement du droit et des principes généraux. Dès lors, le rapport d'adéquation entre les principes et la réalité du droit, plébiscité par les juristes positivistes, comporte un part d'artifice.

Finalement, en découvrant les principes généraux du droit constitutionnel et les conséquences de leurs applications sur la base de « *constitutions empiriques* », la doctrine ne se contentent pas de retranscrire ce qui est, mais identifie ce qui devrait être.

[1161] Voir *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, vol. 3, p. 294.
[1162] *Ibid.*

Chapitre 2/ Le maintien des principes doctrinaux au sein des manuels et le défi du développement de la jurisprudence constitutionnelle

Imaginés dans le but de rendre compte de l'encadrement juridique de l'Etat, les principes généraux, le principe de souveraineté, de représentation ou de séparation des pouvoirs entre autres, sont à nouveau confrontés à partir des années 1980, à l'évolution du droit constitutionnel. Notamment, c'est précisément à la fin du XXe siècle, que se dessine progressivement une nouvelle figure de l'Etat. A l'extérieur du territoire national, l'Etat est désormais intégré au sein d'organisations européennes et internationales et au l'intérieur, il s'agit d'accorder une autonomie croissante aux collectivités territoriales sous l'effet du processus de décentralisation.

Consciente que les principes hérités du « *conceptualisme ancien* » pour rendre compte du droit constitutionnel de la IIIe République ont subi l'usure du temps, la doctrine constate de plus en plus systématiquement que les principes ne correspondent plus véritablement à la réalité du phénomène constitutionnel et de son évolution. Il reste que, par-delà ce constat, les principes généraux élaborés par Adhémar Esmein à la fin du XIXe siècle, confortés tout au long du XXe siècle, demeurent au cœur de la partie générale des manuels contemporains de droit constitutionnel français (Section 1).

Néanmoins, ce constat mérite d'être tempéré dans la mesure où l'analyse du droit constitutionnel au sein des manuels fait abstraction pour l'heure, des apports de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Plus précisément, alors que les manuels n'ont pas encore réussi à dépasser le stade de développements analytiques sur le Conseil constitutionnel et sa jurisprudence, une partie de la doctrine, dès les années 1980, a d'ores et déjà posé les conditions d'une reconsidération théorique des principes généraux à partir de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, source essentielle en droit constitutionnel contemporain (Section 2).

Section 1/ La doctrine contemporaine et « le conceptualisme » en droit constitutionnel

Si les manuels contemporains s'efforcent d'attester des profondes mutations du droit constitutionnel à l'heure actuelle (§1), on continue néanmoins d'évoquer les principes

généraux classiques et le renouvellement conceptuel apparaît, à de nombreux égards, limité (§2).
Pour cette raison, l'enregistrement des mutations du droit constitutionnel ne doit pas masquer les difficultés pour les saisir d'un point de vue théorique.

§1/ L'évolution de la pensée sur le droit sous l'effet des mutations contemporaines du phénomène constitutionnel : l'intégration analytique des nouveaux objets du droit constitutionnel

L'évolution des manuels de droit constitutionnel concerne à la fois le fond et la forme. Dans la forme d'abord, on assiste à une diversification des plans et à une forme de rupture par rapport au plan standard d'un manuel en droit constitutionnel (A). Pour ce qui concerne le fond ensuite, le propos intègre de nouveaux objets au travers soit d'une analyse analytique et factuelle soit, d'une analyse plus théorique qui consiste à essayer de fondre ces objets au sein des principes généraux (B).

A/ Une diversification de l'architecture globale des manuels : l'exemple de la diversification des plans

Quiconque a eu l'occasion de consulter un manuel de droit constitutionnel, quelle que soit la date de publication, a connaissance du plan le plus souvent retenu. A la suite d'une théorie générale qui abrite les notions d'Etat, de constitution et les règles générales d'organisation du pouvoir, les manuels décrivent les régimes étrangers comme l'histoire constitutionnelle dans une seconde partie, avant de terminer par le droit positif en vigueur. Symbole d'une démarche déductive qui consiste à poser les jalons théoriques du droit constitutionnel avant de déduire leur application au sein du droit positif, ce choix de plan est ancien puisque l'on peut remonter jusqu'à la première publication en 1896 des *Eléments de droit constitutionnel* d'Adhémar Esmein, pour en vérifier la continuité[1163]. Il représente ainsi le plan standard et le plus souvent retenu jusqu'alors. Sur ce point, relève Louis Favoreu en préface du manuel qu'il dirige, publié pour la première fois en 1998, « ***Pendant longtemps j'ai suivi le plan classique***

[1163] A. Esmein, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, 8e éd, Paris, L. Tenin, 2 vol., 1927. Sur la pensée d'Esmein, voir *Supra*, Chapitre 1er.

(théorie générale, régimes étrangers, histoire constitutionnelle et Ve République). Mais c'était à contre-cœur[1164] ». Pour cette raison, une vue générale sur les manuels de droit constitutionnel montre que si certains manuels demeurent fidèles au plan longtemps considéré comme unique et standard[1165], on assiste à une diversification des plans, symbole par là même, d'un renouvellement de la pensée dans le fond[1166]. Précisément, quelques ouvrages[1167] reconsidèrent le droit constitutionnel général en lien avec de nouveaux objets dont trois plus particulièrement, font une entrée remarquée : le droit international et communautaire, la justice constitutionnelle et les droits fondamentaux.

Le premier exemple significatif est l'ouvrage collectif « *Droit constitutionnel* »[1168], rédigé sous la direction de Louis Favoreu. D'une façon générale, l'ambition du manuel consiste à mettre en valeur, à la fin des années 1990, les mutations de la discipline sous l'effet de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Le plan est composé de deux parties : « *L'Etat de droit*[1169] » et « *Le droit de l'Etat et des individus*[1170] ». Plus précisément et dans le fond, ces parties interrogent essentiellement l'analyse de l'encadrement juridique du pouvoir au travers de la Constitution, ainsi que la garantie effective du respect de ces normes par le juge constitutionnel.

D'un point de vue conceptuel, l'ouvrage consacre deux innovations plus particulièrement.
D'abord, il élabore une théorie générale de la justice constitutionnelle. En effet, à partir des exemples étrangers, le manuel propose les éléments généraux et abstraits qui permettent d'appréhender la justice constitutionnelle définie, dès l'entame du propos, comme « *l'ensemble des institutions et techniques grâce auxquelles est assurée, sans restrictions, la*

[1164] Voir L. Favoreu et *alii*, *Droit constitutionnel*, 6e éd., Paris, Dalloz, 2003, préface à la 1re édition, p. VII.
[1165] Voir not. pour la période la plus récente, D. Turpin, *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 2003, 767 p. ; B. Chantebout, *Droit constitutionnel*, 25e éd., Paris, Sirey, 2008, 646 p. ; Ph. Ardant, B. Mathieu, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 20e éd., Paris, LGDJ, 2008, 610 p. ; F. Hamon, M. Troper, *Droit constitutionnel*, 31e éd., Paris, LGDJ, 2009, 914 p. Voir, encore pour un manuel récent, A-M. Le Pourhiet, *Droit constitutionnel*, 3e éd., Paris, Economica, 2010, 537 p.
[1166]Voir sur ce point, D. Maus, « Où en est le droit constitutionnel ? », *in Mouvement du droit public : du droit administratif au droit constitutionnel, du droit français aux autres droits : Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Paris, Dalloz, 2004, p. 691.
[1167] Les manuels utilisés à titre d'exemple, sont ceux qui se sont efforcés d'adapter la partie générale des manuels. Cela ne signifie pas que d'autres négligent l'évolution du droit. Le plus souvent néanmoins, ces derniers traitent des mutations du droit constitutionnel dans la partie analytique et relative au droit constitutionnel de la Ve République.
[1168] Voir L. Favoreu et *alii*, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, 921 p.
[1169] *Ibid.*, p. 31 et suiv.
[1170] *Ibid.*, p. 463 et suiv.

suprématie de la Constitution[1171] ». Il s'agit de mettre dos à dos deux modèles de justice constitutionnelle, le modèle américain et le modèle européen, qui répondent de règles propres, avant de les rapprocher eu égard à un certain nombre de caractéristiques communes. Par la suite et dans un second temps, cette théorie générale permet de rendre compte plus particulièrement, de la justice constitutionnelle en France[1172].

Ensuite, la seconde nouveauté consiste à présenter une théorie générale des droits et libertés fondamentales[1173]. Sur ce point, il s'agit de tenter de dresser une définition générale de la notion de « *droits et libertés fondamentales*[1174] », avant de déterminer l'ensemble des droits qui rentrent effectivement dans la catégorie des droits et libertés fondamentales et les mécanismes qui permettent d'en garantir la protection.

D'ailleurs, d'autres manuels s'inscrivent dans la même lignée intellectuelle que l'ouvrage dirigé par Louis Favoreu et s'efforcent de rendre compte assez largement, à côté de l'aspect institutionnel de la discipline, de la justice constitutionnelle et de la protection des droits et libertés. Par exemple, les ouvrages co-écrits par les Professeurs Mathieu et Verpeaux[1175] ainsi que celui rédigé par le Professeur Elisabeth Zoller[1176], privilégient ces aspects dans l'analyse du droit constitutionnel. Pour ce faire, le Professeur Zoller distingue la « *constitution descriptive* », c'est-à-dire la constitution entendue dans son acception institutionnelle et la « *constitution normative* » qui renvoie à l'idée de norme juridique sanctionnée par un juge en cas de manquement aux prescriptions qu'elle prévoit[1177].

[1171] *Ibid.*, p. 197.
[1172] *Ibid.*, p. 253 et suiv.
[1173] *Ibid.*, p. 743 et suiv. Le manuel précise, sur ce point, que les « *manuels ou traités contemporains de droit constitutionnel français ne comportent pas habituellement de chapitre sur les libertés et droits fondamentaux* ».
[1174] *Ibid.*, p. 745.
[1175] Voir B. Mathieu, M. Verpeaux, *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 2004, 874 p. A cet égard, le manuel de Philippe Ardant, repris par le Professeur Mathieu intègre dorénavant, au sein de la partie générale, un chapitre relatif aux « *Droits et libertés fondamentales* » considéré par ce dernier, comme la base essentielle du système juridique aujourd'hui. Ainsi, au travers de ce chapitre, il s'agit d'essayer de définir la notion de « *droit fondamental* » et de présenter un certain nombre de typologies de classements de ces droits. Voir Ph. Ardant, B. Mathieu, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 131 et suiv. Voir, spéc., l'avant propos rédigé par le Professeur Bertrand Mathieu, justifiant cet ajout : « *Ce manuel intègre dorénavant un chapitre consacré aux droits et libertés fondamentaux constitutionnels. En effet, si l'étude de ces droits n'a pas vocation à aspirer celle de l'ensemble du droit constitutionnel, ils en constituent un versant qui ne peut être, aujourd'hui, ignoré par ceux qui abordent le droit constitutionnel, alors même que des enseignements spécifiques sont consacrés à la matière*».
[1176] Voir E. Zoller, *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 1998, 629 p.
[1177] *Ibid.*, p. 9 et suiv.

Souhaitant se départir d'une lecture exclusivement jurisprudentielle du droit constitutionnel[1178], le récent manuel *Droit constitutionnel* des Professeurs Constantinesco et Pierré-Caps rompt néanmoins également avec l'approche communément admise[1179]. Edité pour la première fois en 2004, cet ouvrage s'efforce à titre principal, de libérer le droit constitutionnel d'une lecture strictement nationale et insiste sur le droit constitutionnel européen et international[1180]. De façon appliquée, le plan traite d'abord des trois modèles fondateurs du constitutionnalisme moderne, c'est-à-dire le Royaume-Uni, les Etats-Unis et la France[1181]. Ensuite, les Professeurs Constantinesco et Pierré-Caps étudient, au sein d'une seconde partie, ce qu'ils dénomment « *Le droit constitutionnel civique et démotique*[1182] » avant, bien entendu, de décrire le droit positif de la Ve République au sein d'une troisième et dernière partie.

S'agissant plus précisément de la seconde partie, il s'agit d'interroger les règles de droit constitutionnel en partant des individus vers les règles qui organisent la société politique. En d'autres termes, à l'analyse de la constitution politique (la « *constitution-statut de l'Etat* »), ils entendent également et surtout, s'intéresser à ce qu'ils dénomment la « *constitution société*[1183] ». Sous le terme général de « *droit constitutionnel démotique*[1184] », les auteurs s'efforcent de rendre compte de la façon dont le droit parvient aujourd'hui, à régir le « *peuple-société*[1185] », c'est-à-dire le peuple appréhendé dans toute sa variété et son hétérogénéité[1186] au-delà de la Nation, entité unitaire.

[1178] V. Constantinesco, S. Pierré-Caps, *Droit constitutionnel*, 4e éd., Paris, PUF, coll. Thémis, 2009, avant-propos, p. 2 : « *La troisième considération découle de la constatation, déjà faite par ailleurs, selon laquelle le droit constitutionnel ne s'épuise pas dans la justice constitutionnelle* ».

[1179] Voir, pour une analyse de l'ouvrage, J.-F. Flauss, « Sur deux ouvrages de droit constitutionnel », *RFDC*, 2006, p. 669.

[1180] V. Constantinesco, S. Pierré-Caps, *Droit constitutionnel*, *op. cit*.., p. 1. En préface à la 4e édition de l'ouvrage, les auteurs relèvent, en ce sens qu'ils souhaitent insister sur le développement du constitutionnalisme dans le monde et sur le droit européen.

Cet aspect est illustré, notamment, par un chapitre consacré, à ce que les auteurs appellent « *L'internationalisation des constitutions* ». Ce chapitre permet de repenser la théorie classique de la constitution et du pouvoir constituant en lien avec la pénétration et l'influence du droit international en droit interne. *Ibid.*, p. 239 et suiv. Voir, notamment, à propos de la souveraineté, spéc., p. 314 : « *Comment, dans toutes ces transformations de l'Etat et l'érosion (la reconsidération) de ce qui en fait pendant longtemps sa principale caractéristique : la souveraineté ? A vrai dire, plus qu'une mise en cause de la souveraineté de l'Etat dans son contenu en tant que notion, l'intégration européenne apparaît comme un processus de transformation des conditions d'exercice de la souveraineté de l'Etat* ».

Voir également sur ce point, D. Chagnollaud, *Droit constitutionnel contemporain*, 6e éd., t. 1, Paris, Dalloz, 2009, p. 54 et suiv.

[1181] V. Constantinesco, S. Pierré-Caps, *Droit constitutionnel*, *op.cit.*, p. 35 et suiv. L'intitulé de cette première partuie est « *Le droit constitutionnel du pouvoir politique. Des modèles fondateurs à la démocratie constitutionnelle* ».

[1182] *Ibid.*, p. 203 et suiv.

[1183] *Ibid.*, p. 204.

[1184] *Ibid.*, p. 203.

[1185] *Ibid.*, p. 324.

Enfin, et pour terminer sur cet aspect, d'autres manuels ont fait le choix d'une approche formelle originale. Ainsi, pour ne prendre que quelques exemples récents, le Professeur Roland Debbasch organise son propos autour de trois parties : « *les bases constitutionnelles de l'Etat de droit, les développements du droit constitutionnel en France et à l'étranger et les mutations du droit constitutionnel sous la Ve République*[1187] ». Le manuel *Droit constitutionnel* du Professeur Anne-Marie Le Pourhiet quant à lui, est organisé en « *Livres* » successifs parmi lesquels « *l'objet du droit constitutionnel* », « *les sources du droit constitutionnel* », « *les modèles constitutionnels* », avant l'analyse des régimes étrangers, de l'histoire constitutionnelle et du régime actuel[1188].

Néanmoins dans ces deux cas, il s'agit simplement de nouveautés formelles dans la mesure où le fond correspond peu ou prou à l'approche traditionnelle et aux éléments contenus au sein de la théorie générale.

B/ La confrontation entre les principes généraux du droit constitutionnel et les mutations du phénomène constitutionnel

Lorsque la doctrine confronte l'évolution du droit avec les principes généraux, elle conclut le plus souvent à des exceptions, des dérogations voire des entorses aux principes sans véritablement dépasser ce constat d'inadéquation (1). Malgré tout, certains manuels, toujours attachés aux principes, s'efforcent d'intégrer ces mutations aux principes connus du droit constitutionnel. Sur ce dernier point, l'exemple de la nature de l'Union européenne est singnificatif (2).

[1186] *Ibid.* : « *Le « peuple-société » traduit tout simplement le fait que le droit constitutionnel contemporain tend de plus en plus à reposer sur des communautés humaines hétérogènes : la nation n'est plus ce donné à partir duquel il suffisait d'inscrire, comme en 1789, la volonté constituante, elle devient un construit, même si les textes constitutionnels, continuent à proclamer l'antériorité de la nation par rapport à l'Etat, ce que la réalité des faits tend de plus en plus à contredire. Or moins la nation existe en fait, plus il importe de la proclamer en droit ; c'est dans ce constat que réside toute la problématique du démos* ».

[1187] Voir R. Debbasch, *Droit constitutionnel*, 7e éd., Paris, Litec, 2010, 277 p.

[1188] Voir A-M. Le Pourhiet, *Droit constitutionnel*, 3e éd., Paris, Economica, 2010, 537 p.

1/ Une prise en compte analytique des mutations du droit et l'absence de renouvellement conceptuel : la couverture factuelle des exceptions aux principes juridiques

Le manuel récent du Professeur Le Pourhiet est intéressant, en ce qu'il symbolise une mise à l'écart des principes généraux du droit constitutionnel[1189]. Consciente que l'évolution du droit dément les constructions traditionnelles, le Professeur Le Pourhiet fait alors le choix d'une lecture réaliste du droit constitutionnel.

De façon appliquée par exemple, dans l'analyse de la démocratie et après une description des deux modes alternatifs qui permettent d'envisager l'exercice de la souveraineté par le peuple (souveraineté nationale et souveraineté populaire), l'auteur évoque le passage vers ce qu'elle appelle la « *post-démocratie*[1190] ». Par cette notion, elle entend montrer qu'il existe aujourd'hui, un déplacement des foyers d'exercice du pouvoir. Notamment, elle considère qu'à côté de l'Etat seul dépositaire du pouvoir de décision, de nombreuses institutions non élues, sont susceptibles aujourd'hui d'avoir une influence sur le processus décisionnel[1191]. Ces institutions, relève le Professeur Le Pourhiet sont notamment les associations, les autorités administratives indépendantes, la société civile ou l'Union européenne.

Dans le même sens, s'agissant du traitement des régimes politiques, elle s'efforce de démontrer, après la présentation de l'opposition entre régime parlementaire et régime présidentiel, que « *quelle que soit la répartition constitutionnelle des pouvoirs la réalité de leur exercice s'évade le plus souvent du modèle théorique pour emprunter des chemins complexes*[1192] ». Précisément, trois aspects contemporains tendent à transcender les classifications classiques. D'abord, le renforcement croissant de la fonction exécutive et l'exercice en commun de l'ensemble des compétences permet aujourd'hui de penser la relation entre les institutions en terme politique, c'est-à-dire entre l'opposition et la majorité[1193]. Ensuite, on assiste à une revalorisation substantielle du pouvoir judiciaire consécutif à la promotion des droits et libertés. Enfin, le Professeur Le Pourhiet voit dans l'influence actuelle des médias, les contours d'un quatrième pouvoir dans l'Etat. La diversité

[1189] *Ibid.*, p. IX : « *L'observation du droit constitutionnel et du fonctionnement effectif de la société politique oblige, en effet, à dresser le constat de désuétude voire de décès de nombreux principes et règles traditionnels constamment réaffirmés en théorie mais cependant largement abandonnés en pratique* ».

[1190] *Ibid.*, p. 85.

[1191] *Ibid.* : « *On observe, en effet, à tous les niveaux de décision, une marginalisation du pouvoir politique donc démocratique, s'accompagnant parallèlement d'un engouement pour les oligarchies sociétales multiples* (…) ».

[1192] *Ibid.*, p. 131.

[1193] *Ibid.*, p. 132 : « *La séparation des pouvoirs n'est donc plus réellement d'ordre institutionnel mais partisane et politique, elle n'oppose plus le législatif à l'exécutif mais la majorité à l'opposition* ».

des médias et l'ensemble des moyens qui permettent de diffuser auprès du plus grand nombre l'information, font que la démocratie prend la forme d'une « *démocratie d'opinion*[1194] ».

Symbolisant des démarches approchantes, certains auteurs entendent dépasser le principe de souveraineté, dès lors qu'il n'apparaît plus comme acceptable au regard de l'état du droit positif, par les principes de « *souveraineté dite partagée* », de souverainetés « *interdépendantes*[1195]», voire de « *souveraineté éclatée*[1196] ». En réalité, ces notions un peu molles et délicates à cerner, constituent des excroissances de principes généraux. Il s'agit de rendre compte de la transformation du droit en désavouant le sens traditionnel d'un mot mais en gardant la même enveloppe ou au besoin, en l'épaulant d'un correctif. Cependant, parler de « *souveraineté partagée* » ne lève que partiellement les difficultés pour penser intellectuellement la souveraineté indivisible (sens classique) et le partage de compétences entre l'Etat et les autorités *infra* et *supra* nationales. Au fond, la seule issue pertinente reviendrait à changer de terminologie car soit on parle de « *souveraineté* » et la doctrine qui lui correspond n'admet pas de partage, soit on met l'accent sur l'adjectif « *partagé* » et dans ce cas, cela exclut le principe juridique de souveraineté.

Par ailleurs, une seconde tendance apparaît au sein des manuels et peut sembler paradoxale. En effet, les principes juridiques qui irriguent la théorie générale sont néanmoins, démentis de la plume même de ceux qui continuent à les présenter.
Pour un exemple significatif, dès l'avant-propos de son manuel « *Droit constitutionnel* » paru en 2007, le professeur Le Pourhier considère que « ***l'observation du droit constitutionnel et du fonctionnement effectif de la société politique, oblige, en effet, à dresser le constat de désuétude voire de décès de nombreux principes et règles traditionnels constamment réaffirmés en théorie mais cependant largement abandonnés en pratique***[1197]». Général, ce constat n'épargne que peu de constructions doctrinales. Cela concerne aussi bien la

[1194] *Ibid.*, p. 134.
[1195] Voir A. Haquet, *Le concept de souveraineté en droit constitutionnel français*, Paris, PUF, Coll. Les grandes thèses du droit français, 2004, 331 p. Voir spéc., conclusion, p. 296 : « *Désormais, les souverainetés sont interdépendantes, ou elles ne sont pas. Un Etat peut certes choisir de rester indépendant, de se renfermer sur lui même, et ce faisant, de péricliter. Mais l'action étatique, en revanche, pour être efficace, implique la coaction. Les souverainetés des Etats, sous son aspect positif, suppose don le partage de son exercice* ».
[1196] Voir, par exemple, M-P. Deswarte, « La révision de 2007 contre la souveraineté de l'Etat », *RFDC*, 2008, p. 145 et suiv.
[1197] Voir A-M. Le Pourhiet, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, avant-propos, p. 9.

souveraineté, le régime représentatif, la séparation des pouvoirs[1198] ou la théorie du constitutionnalisme.

Par exemple s'agissant du thème démocratie, est très souvent développée l'idée de la participation du peuple à l'exercice du pouvoir dans ses modalités constitutionnelles concrètes : l'exercice direct, l'exercice par le biais de représentants ou un mélange de ces deux techniques. Cette alternative renvoie à la distinction classique entre la souveraineté nationale et la souveraineté populaire[1199], distinction qui puise son origine dans la philosophie politique de la fin du XVIIIe siècle à partir notamment de la pensée de Rousseau et de Sieyès.
Par extension, du choix effectué par le pouvoir constituant pour organiser effectivement l'exercice de la souveraineté par le peuple, dépend des conséquences juridiques opposées. Respectivement, sous forme d'alternative, il s'agit de l'électorat droit ou l'électorat fonction, du mandat représentatif ou du mandat impératif, de la présence obligatoire ou facultative d'institutions représentatives.
Pourtant si ces constructions apparaissent quasi systématiquement au sein des manuels, elles sont toujours relativisées. « *Cette distinction* », notent par exemple les Professeurs Pactet et Mélin-Soucramanien, aurait « *beaucoup perdu de sa netteté initiale* ». Ils ajoutent qu' « ***en réalité, il n'y a aucun Etat qui ait tiré toutes les conséquences logiques de l'une ou l'autre notion***[1200] ». Pour le Professeur Philippe Ardant, « ***même si leur influence sur notre droit constitutionnel est limité, le débat théorique doit être retracé et ses implications pratiques précisées***[1201] ».

Enfin, à propos de l'organisation du pouvoir, une large place est accordée à la théorie de la séparation des pouvoirs[1202] alors même que le discours dominant convient qu' « *elle a*

[1198] Voir sur ce point, D. Turpin, *Droit constitutionnel*, Paris, Quadrige, 2003, p. 2 : « *dont le moins que l'on puisse écrire est qu'ils ne rendent pas toujours exactement compte du fonctionnement effectif des systèmes politiques, au point d'avoir été parfois qualifiés de « mythe »*».
[1199] Voir sur cette distinction G. Bacot, *Carré de Malberg et l'origine de la distinction entre souveraineté du peuple et souveraineté nationale*, Paris, éditions du CNRS, 1985, 200 p.
[1200] Voir P. Pactet, F. Mélin-Soucramanien, *Droit constitutionnel*, 26e éd., Paris, Dalloz, 2007, p. 83 et suiv. Voir également, F. Rouvillois, *Droit constitutionnel*, t.1, 2e éd., Paris, Flammarion, 2002, p. 227 et suiv. Voir sur la critique de la distinction souveraineté nationale/ souveraineté populaire, F. Hamon, M. Troper, *Droit constitutionnel*, 29e éd., Paris, LGDJ, 2005, p. 191 et suiv.
[1201] Ph. Ardant, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 18e éd., Paris, LGDJ, 2006, p.160.
[1202] La critique vaut d'ailleurs également pour l'utilisation du principe de séparation des pouvoirs comme un critère pertinent pour distinguer le régime parlementaire et le régime présidentiel.
S'agissant plus précisément du régime parlementaire, les auteurs n'évoquent plus le régime parlementaire mais brossent les différents types de régimes parlementaires (moniste, dualiste, biparti, multiparti, et éventuellement inorganisé et rationalisé) : voir par exemple P. Pactet, F. Mélin-Soucramanien, *droit constitutionnel*, *op.cit.*, p. 137 : « *il faut en parler au pluriel car ils peuvent être de divers types et sont très différents d'un pays à*

beaucoup perdu de sa signification et de sa portée et ne rend plus compte de l'aménagement actuel du pouvoir[1203] ».

A la lumière de ces exemples[1204], il faut alors en déduire que le réalisme et l'honnêteté scientifique d'un manuel, c'est la critique des constructions qu'il s'apprête à présenter.

2/ Les tentatives d'intégration des phénomènes nouveaux à des principes juridiques traditionnels : l'exemple de la nature de l'Union européenne

La question de la nature de l'Union européenne est un thème récurrent dans la littérature juridique contemporaine. Pour paraphraser l'intitulé d'un article publié par le Professeur Pierre-Yves Monjal, paru dans les « *Petites affiches* » en 1995, et qui soulève un point toujours d'actualité, l'Union européenne demeure « *à la recherche d'une qualification juridique*[1205] ». Précisément, l'Union européenne appraît des plus délicate à définir[1206]

---

l'autre ». ; Voir également sur ce point, D. Turpin, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 237 et suiv: « *si les régimes parlementaires se sont empiriquement constitués avant de faire l'objet de tentatives de conceptualisation, le régime présidentiel, à l'inverse, est d'abord une idée – la séparation des pouvoirs – que l'on a ensuite essayé, d'ailleurs sans succès, de mettre en pratique* ».

[1203] P. Pactet, F. Mélin-Soucramanien, *droit constitutionnel*, *op.cit.*, p. 105.

Sur ce point, le Professeur Chagnollaud considère que « *prise à la lettre, elle est devenue inapte à éclairer le fonctionnement des régimes démocratiques*. » Il ajoute : « *Il est d'usage de considérer la théorie de Montesquieu comme inapte à rendre compte de la réalité de l'organisation du pouvoir aujourd'hui. La question n'est plus de limiter la souveraineté du monarque. Par ailleurs les pouvoirs ne sont plus guère spécialisés dans leurs fonctions, le pouvoir exécutif ayant absorbé une partie de la fonction d'édiction des normes du parlement. Séparation organique disparaît avec le phénomène partisan quand un parti dominant occupe le gouvernement et la majorité du Parlement (seule l'opposition assure une fonction de contrôle). Enfin les pouvoirs se sont multipliés (partis, pouvoirs locaux et juge constitutionnel)* ». Voir D. Chagnollaud, *Droit constitutionnel contemporain*, t.1, 5e éd., Paris, Dalloz, 2007, p. 111.

Le Professeur Le Pourhier quant à elle, témoigne sa « *perplexité* », dès lors que l'on confronte la théorie de la séparation des pouvoirs au fonctionnement des régimes à l'heure actuelle. Voir A-M. Le Pourhiet, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 124 et suiv. Voir spéc., p. 130 : « *Quelle que soit la répartition constitutionnelle des pouvoirs la réalité de leur exercice s'évade le plus souvent du modèle théorique pour emprunter des chemins complexes commandés notamment par le système des partis politiques qui n'existaient pas sous leur forme actuelle lorsque furent élaborés les schémas initiaux* ».

Voir encore B. Mathieu, M. Verpeaux, *Droit constitutionnel*, 1ere éd., Paris, PUF, coll. Droit Fondamental, 2004, 874 p. Les Professeurs Mathieu et Verpeaux évoquent « *des applications possibles de la théorie de la séparation des pouvoirs* ». Les Professeurs Pactet et Mélin-Soucramanien, considèrent quant à eux, que « *si la théorie continue à être fréquemment invoquée, elle a beaucoup perdu de sa signification et de sa portée et ne rend plus compte de l'aménagement actuel du pouvoir* ». Voir P. Pactet, F. Mélin-Soucramanien, *droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 105.

Consulter enfin l'étude dont le titre est significatif : A. Pariente (Dir.), *La séparation des pouvoirs. Théorie contestée et pratique renouvelée*, Paris, 2007, 153 p.

[1204] On pourrait multiplier les exemples. Ainsi la distinction théorique entre le pouvoir constituant originaire et le pouvoir constituant dérivé qui doit assez largement à l'œuvre majeure de Sieyès, *Qu'est- ce- que le Tiers Etat ?*, mérite, elle aussi, d'être relativisée « *quand on veut l'approfondir au regard de l'expérience et de ses conséquences*. » Voir A-M. Le Pourhiet, *Droit constitutionnel*, Paris, Economica, 2007, p.56.

[1205] Voir P-Y. Monjal, « L'Union européenne à la recherche d'une qualification juridique », *Petites affiches*, 1er février 1995, p. 14.

notamment, parce qu'il s'agit d'une organisation amenée à évoluer de façon continue à l'adoption d'un nouveau traité et parce que ses règles de fonctionnement sont sans cesse enrichies.

D'une façon générale, elle ne correspond manifestement pas aux classifications traditionnelles relatives aux formes d'Etats au niveau national[1207] ou d'organisation liant un certain nombre d'Etats entre eux au niveau international[1208]. Néanmoins le plus souvent, l'analyse doctrinale[1209] de l'Union européenne s'efforce de rapprocher cette organisation singulière des instruments de classification classiques[1210] et notamment de l'opposition entre la « *confédération* » et la « *fédération*[1211] ».

D' abord, une partie importante de la doctrine considère que l'Union européenne se situe à mi-chemin entre la confédération et la fédération[1212], dans la mesure où les Etats membres sont plus liés et intégrés aux institutions communautaires qu'au travers des liens

---

[1206] Voir par exemple sur ce point, M. Clapié, *Institutions européennes*, Paris, Flammarion, 2003, p. 9 : « *L'organisation institutionnelle de l'Europe est complexe. Cette complexité tient au nombre des organisations successivement créées, au chevauchement ou au débordement hors d'Europe de leur assise territoriale, à la superposition de leurs compétences respectives et enfin à la nature suis generis de certaines d'entre elles, notamment celles qui ont la particularité d'être en perpétuel devenir* ».
Voir, également, V. Faure-Tronche, « L'union européenne est-elle une fédération ? », *RRJ*, 2002, p. 1967 : « *la nature de la construction communautaire est une source de controverse juridique qui semble inépuisable. En l'absence de qualification formelle de la structure communautaire et face à l'originalité de son mode de fonctionnement qui mêle des éléments empruntés au modèle de l'Etat fédéral et de la confédération, le débat théorique pour conceptualiser cette formation est complexe* ».
Pour un exemple récent, voir J-D. Mouton, « Réflexions sur la nature de l'Union européenne à partir de l'arrêt Rottmann (CJUE, 2 mars 2010, AFF. C- 135/08*)* », *RGDIP*, 2010, n° 2, p. 257 et suiv.

[1207] Voir sur ce point, P. Pactet, F. Mélin-Soucramanien, *Droit constitutionnel*, 26e éd., Paris, Dalloz, 2007, p. 54 : à propos de l'intégration de l'Etat dans une organisation internationale, les auteurs relèvent qu'il « *s'agit d'une modalité d'intégration différente de la forme fédérale précédemment étudiée et qui connait actuellement un développement illustré notamment par l'Union européenne* ».

[1208] Voir V. Constantinesco, S. Pierré-Caps, *Droit constitutionnel*, 3e éd., Paris, PUF, coll. Thémis, 2007, p. 315 : « *La difficulté majeure est d'identifier, de théoriser et de construire le modèle politique nouveau et approprié à cette agrégation inédite d'Etats, qui forme une réalité en avance sur un vocabulaire mal approprié et des qualifications inadéquates, empruntées inévitablement au passé* ».

[1209] A l'inverse, pour une véritable refondation conceptuelle du phénomène fédéral et qui est susceptible d'éclairer le débat sur la nature juridique de l'Union européenne, voir O. Beaud, *Théorie de la fédération*, Paris, PUF, 2007, 433 p. Il relève, s'agissant de l'objet de son ouvrage : « *L'objet de cet ouvrage est d'ordre scientifique et vise à clarifier la notion de Fédération d'un point de vue juridique. Cette élucidation est nécessaire si l'on veut répondre à la question : « l'Union européenne est-elle une Fédération ? », car, pour être en mesure de le faire, il faut d'abord savoir ce qu'est une Fédération. Autrement dit, cette théorie de la Fédération est une sorte d'étalon de mesure pour la construction européenne si l'on veut la juger à l'aune du fédéralisme. Par conséquent, l'Europe ne constitue pas l'objet de ce livre mais, tout au plus, son possible aboutissement* ». *Ibid*., avant-propos, p. 1.

[1210] Sur ce point, le Professeur Monjal parle « *d'approche conceptuelle essentialiste* ». Voir P-Y. Monjal, « L'Union européenne à la recherche d'une qualification juridique », *op.cit.*, p. 25.

[1211] Voir, not., M. Croisat, J-L. Quermonne, *L'Europe et le fédéralisme*, Paris, Montchrestien, 1999, p. 59 et suiv ; M. Clapié, *Institutions européennes*, *op. cit.*, p. 12 et suiv.

[1212] Voir D. Chagnollaud, *Droit constitutionnel contemporain*, t. 1, 6e éd., Paris, Dalloz, p. 168.

confédéraux[1213], sans pour autant considérer que l'Union européenne correspond à un Etat fédéral[1214]. Pour cette raison par exemple, les Professeurs Pactet et Mélin-Soucramanien considèrent que l'Union européenne en serait à un « *stade préfédératif*[1215] ». Dans le même sens en 1999, les Professeurs Croisat et Quermonne qualifient l'Union à partir de la notion de « *fédéralisme intergouvernemental*[1216] ». Il s'agit de considérer que si l'Union va plus loin qu'une organisation internationale classique dont la confédération, il lui manque un certain nombre d'attributs pour être véritablement considérée comme une fédération.

Il est ainsi une littérature abondante qui se contente de déduire que l'Union européenne ne correspond ni à l'une ni à l'autre de ces structures, elle serait plus que la confédération d'Etats mais moins que la fédération[1217]. D'ailleurs, cette question a connu un regain d'intérêt à l'occasion du projet de Constitution européenne. Dénommé « *Projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe* », l'intitulé de l'acte ne permet pas d'éclairer la réflexion dans la mesure où il apparaît lui-même comme de nature singulière et pas strictement identifiable à un traité ou à une Constitution.

Ensuite, au contraire, une autre partie de la doctrine tranche en faveur de l'une ou l'autre des formes d'Etat. Ainsi par exemple, les Professeurs Hamon et Troper considèrent en 2009, que si l'Union européenne dispose de compétences bien plus élargies que bon nombres de confédérations, il n'en demeure pas moins qu'il s'agit d'une confédération[1218]. Pour le démontrer, ils utilisent un raisonnement *a contrario* qui tend à démontrer que dès lors que l'ensemble des critères de l'Etat fédéral ne s'appliquent pas à l'Union, il faut retenir la qualification de confédération. En pratique, si certains aspects du fédéralisme sont applicables à l'Union, il manque deux éléments substantiels pour retenir cette qualification juridique : une constitution et la primauté du droit de l'Union au sein des Etats membres.

[1213] L. Favoreu et *alii*, *Droit constitutionnel*, 6e éd., Paris, Dalloz, 2003, p. 384.

[1214] Voir sur ce point, P. Pactet, F. Mélin-Soucramanien, *Droit constitutionnel*, *op.cit.*, p. 55 : « *Elle est plus intégrée que la confédération mais ne constitue pas un Etat au contraire de la fédération et, de toute manière, a souvent à ses débuts un objet spécialisé, économique ou autre, qui la distingue d'une l'une et de l'autre* ».

[1215] *Ibid.*, p. 56.

Dans le même sens, le Professeur Chagnollaud évque à cet égard, une « *construction préfédérale*. » Voir D. Chagnollaud, *Droit constitutionnel contemporain*, *op. cit.*, p. 176.

[1216] Voir M. Croisat, J-L. Quermonne, *L'Europe et le fédéralisme*, *op. cit.*, p. 88.

[1217] Parfois la doctrine tend à admettre, compte tenu de tous les degrés d'avancements institutionnels, que conformément à un processus évolutif et dynamique, l'Union européenne est susceptible d'évoluer vers une véritable fédération. Voir, sur ce point, M. Croisat, J.-L. Quermonne, *L'Europe et le fédéralisme*, *Ibid.*, p. 59 : « *Pour l'instant l'Union, sans générer de structures véritablement fédérales, s'inscrit dans un processus de fédéralisation que l'on observe à l'échelle internationale* ». Voir également, J.-L. Clergerie, « L'avenir fédéral de l'Union européenne », *RDP*, 2000, p. 1529 et suiv.

[1218] Voir F. Hamon, M. Troper, *Droit constitutionnel*, 31e éd., Paris, LGDJ, 2009, p. 322.

Enfin, un courant doctrinal nouveau parvient à rapprocher clairement l'Union européenne de la fédération et tend à honorer l'expression utilisée par M. Delors dans les années 1980, qualifiant cette organisation de « *fédération d'Etats Nations*[1219] ». Illustré par le Professeur Quermonne dans un article récent, ce rapprochement est rendu possible grâce à l'importante contribution du Professeur Olivier Beaud sur la notion de fédération[1220]. En effet, ce dernier est parvenu, de façon très convaincante, à repenser la fédération en la libérant de la notion d'Etat. Ainsi, la notion de « *fédération désétatisée* » peut permettre de façon plus réaliste, d'identifier l'Union européenne[1221].

§2/ La préservation des principes généraux du droit constitutionnel

Pourquoi continuer à enseigner et à présenter des principes juridiques unanimement dénoncés comme inopérants, des constructions qui n'ont plus vraiment d'intérêt pour une connaissance du droit constitutionnel contemporain ? [1222]

Ce sont essentiellement trois groupes de raisons qui sont susceptibles d'expliquer le maintien des grands principes du libéralisme politique élaborés à la fin du XIXe siècle par la doctrine dans les manuels contemporains, des raisons didactiques (A), historiques (B) et pratiques (C).

[1219] Cité par le Professeur Jean-Louis Quermonne, *in* J-L. Quermonne, « La Fédération d'Etats Nations : concept ou contradiction ? », *RFDC*, 2010, n°84, p. 677.

[1220] Voir O. Beaud, *Théorie de la fédération*, Paris, PUF, 2007, 433 p.

[1221] Voir, sur ce point, J-L. Quermonne, « La Fédération d'Etats Nations : concept ou contradiction ? », *op. cit.*, p. 685 : « *Il en résulte l'émergence d'un concept de fédération déconnecté de l'emprise de l'Etat, par conséquent susceptible de rendre compte de l'existence au faîte de l'édifice fédéral d'institutions spécifiques. Ce qui nous autorise à observer, hormis la présence à la base de l'Union européenne d'Etats membres, l'existence à son sommet d'institutions qui, sans être étatiques, forment de véritables pouvoirs publics* ».

[1222] Voir par exemple, B. Chantebout, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. VIII : « *Quant à l'analyse des concepts fondamentaux qui régissent l'organisation de l'Etat (théories de la souveraineté et de la représentation, principe de la séparation des pouvoirs…), elle nous a paru devoir s'intégrer dans cette présentation historique parce que la signification concrète de ces concepts varie profondément en fonction des époques et qu'il importait de mettre également ce phénomène en lumière* ». Voir également, p. IX : « *Le Livre Premier étudie le droit constitutionnel général (…), il montre comment les principes fondamentaux de l'organisation du pouvoir se sont formés à la fin du XVIIIe siècle sous l'inspiration de la philosophie libérale et ont ensuite évolué sous l'effet de l'avènement politique des masses, pour déboucher sur les régimes politiques contemporains* ».

A/ Un intérêt didactique : les principes généraux du droit constitutionnel, des constructions simples et vulgarisées à destination des étudiants en droit

Raisonner essentiellement sur la base des manuels en droit constitutionnel procède de l'idée générale qu'un ouvrage est le réceptacle des grandes constructions théoriques en droit. Reflétant ce que M. Euzet appelle « *l'état d'une science*[1223] » à un moment donné, il constitue le foyer principal des principes généraux en vue de leur transmission auprès des étudiants. Pourtant, si la partie générale des ouvrages renseigne sur les principes généraux du droit constitutionnel forgés durant la période classique, ils sont d'un secours limité pour introduire et diffuser de nouveaux instruments conceptuels, susceptibles de correspondre à la réalité du phénomène constitutionnel. L'habillage conceptuel, en d'autres termes, demeure celui qui consiste à rendre compte, dans l'abstraction, des règles d'organisation et de fonctionnement de l'Etat telle qu'elle a toujours été présentée depuis la fin du XIXe siècle.

En réalité, la caducité de nombreuses constructions qui néanmoins continuent d'irriguer les manuels d'enseignement, procède d'une idée simple. Le manuel n'est pas le lieu où la doctrine réinvente la théorie constitutionnelle[1224], alors même qu'il se doit de diffuser un savoir actualisé sur le droit. Davantage, il est le support qui doit permettre la transmission d'un savoir clair et accessible des aspects essentiels suggérés par la discipline.

D'une façon générale, la majorité des constructions doctrinales peuvent être rangées sous le vocable plus général, et il s'agit des termes de Charles Eisenmann, de « *concepts de classification théorique*[1225] ». Destinés à appréhender le phénomène constitutionnel dans sa

---

[1223] C. Euzet, « Les manuels de la doctrine constitutionnaliste face aux bouleversements fondamentaux de l'ère post bipolaire », VIIe Congrès français de droit constitutionnel, Paris, 27 septembre 2008, http://www.droitconstitutionnel.org/ : « *Ces derniers sont en effet révélateurs de l'état d'une science, si l'on considère qu'ils constituent, d'une part, le procédé par lequel celle-ci s'offre aux néophytes en présentant ses résultats en termes accessibles et, d'autre part, qu'ils fournissent (lorsqu'on procède à leur analyse comparée) une illustration qualitative et quantitative des rapports de force institutionnels existant entre écoles de pensée* ».

[1224] Sur ce point, voir S. Torcol, « La théorie constitutionnelle face aux mutations contemporaines du droit public », VIIe Congrès français de droit constitutionnel, Paris, 27 septembre 2008, http://www.droitconstitutionnel.org/, p. 7 : « *C'est* (les manuels) *évidemment une partie non négligeable du savoir constitutionnel qui s'y exprime mais les juristes – et notamment les universitaires – savent bien qu'ils n'y trouveront pas de véritable bouleversement théorique ni même la prise en compte des évolutions doctrinales récentes* ». Il est précisé que cette source est une communication orale, non définitive.

[1225] Ch. Eisenmann, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *APD*, 1966, p. 25. En ce sens, ils ne sauraient être envisagés de façon isolée, mais dans un souci de classement. Voir spéc., p. 29 : « *de tels concepts ne peuvent en effet être élaborés dans de bonnes conditions, c'est-à-dire avec chances d'heureux succès scientifiques, en les prenant un par un, chacun isolément de tous les autres, - et même en n'en considérant que quelques- uns seulement, spécialement dans un binôme d'antithèses. C'est bien à une opération de classification que le juriste procède, c'est- à- dire de constitution d'une série plus*

généralité, ces concepts sont ainsi dénommés par Eisenmann, dans la mesure où ils servent à organiser de façon méthodique la pensée sur le droit. Il s'agit des instruments utilisés par la doctrine dans son travail de systématisation et d'analyse du droit.

De fait, l'une des singularités de ces créations est qu'elles sont l'œuvre exclusive du juriste, qui apprécie souverainement quelle sera la meilleure classification pour rendre compte du droit positif [1226]. Afin de matérialiser l'idée contenue dans le droit, le juriste crée des concepts qui, de son propre arbitre, constituent les outils les plus pertinents. Sur ce point, l'éminent auteur relève que « *en vérité, les bases de la classification et par suite de la qualification ne sont en aucune façon données au juriste ; c'est à lui de les choisir, de les décider, en tenant compte des seules exigences et intérêts de la connaissance scientifique*[1227] ». Ainsi, le juriste théoricien est d'abord guidé par des objectifs qui relèvent de la logique, de la rigueur scientifique et de la clarté dans son travail de systématisation du droit positif[1228].

Organisés au sein d'une théorie générale[1229], ces concepts doivent s'efforcer d'apporter une vue d'ensemble claire et cohérente. Pour reprendre une définition claire, « ***exposer la théorie générale du droit constitutionnel revient à faire l'inventaire des constructions juridiques qui caractérisent le droit constitutionnel. Ces constructions juridiques sont le résultat d'un long effort de définition et de formalisation par la doctrine, c'est-à-dire par les générations successives d'auteurs, notamment les professeurs de facultés de droit, qui ont étudié le droit constitutionnel. Elles présentent une grande cohérence***[1230] ». M. Leclercq à cet égard, utilise

---

ou moins nombreuse de concepts, base chacune de la réunion d'une classe ou catégorie d'objets ; et c'est la première vérité capitale qu'il ne faut pas perdre de vue qu'on ne peut pas arriver à la définition d'un semblable concept de théoricien dans de bonnes conditions si l'on ne considère pas le problème total de la classification des diverses espèces du genre d'objet auquel appartient celle qu'il s'agit de définir, et par conséquent le problème de la définition des concepts de chacune de toutes les espèce ».

[1226] Ch. Eisenmann, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *Ibid*., p. 33 : « *Les classifications de ce type, les concepts qu'elles mettent en œuvre, les qualifications opérées sur leur base, ne préexistent pas à l'intervention des juristes, de la science du droit ; ils sont la création de la théorie et d'elle seule, sa création souveraine, en ce sens qu'il s'agit de décisions intellectuelles en vue de la meilleure analyse possible – dans notre exemple – des systèmes politiques réels, ceux du présent et ceux du passé, en vue de la meilleure mise en ordre et intelligence possibles de la réalité politique, et que le juriste est dans cette œuvre tout à fait indépendant des constituants et autres politiques* ».

[1227] *Ibid* p. 34.

[1228] Sur le processus de conceptualisation, voir également, J-L. Bergel, *Méthodologie juridique*, Paris, PUF, 2001, 408 p. Voir également s'agissant des ouvrages classiques, J. Dabin, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 1969, 424 p. ; J. Dabin, *La technique de l'élaboration du droit positif spécialement du droit privé*, Paris, Sirey, 1935, 367 p. ; C. Du Pasquier, *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*, 3e éd., Neuchatel, Delachaux et Niestlé, 1948, 364 p.

[1229] Sur cette notion, voir *Supra*, titre 1, chapitre 1er.

[1230] Ch. Debbasch, J- M. Pontier, J. Bourdon, J-Cl. Ricci, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 3e éd., Paris, Economica, 1990, p. 16.

la terminologie de « *principes structuraux*[1231] » pour rendre compte des « *éléments du droit constitutionnel, qui en font un ensemble ordonné, ce qui permet d'en saisir et d'en apprécier la cohésion*[1232] ».

La théorie générale suppose également un haut niveau de généralité, elle réduit l'infinie variété des organisations particulières à des principes simples. Son étalon n'est pas le droit positif d'un Etat en particulier mais l'organisation du pouvoir politique applicable à tout Etat quelles que soient les conditions de temps et le lieu[1233].

Pour synthétiser, toute théorie générale s'inscrit davantage dans le monde de la science du droit que dans celui du droit[1234]. Destinées à saisir mais surtout à transmettre la connaissance sur le droit constitutionnel, les constructions qui fondent son architecture sont essentiellement dotées des vertus d'une « *donnée conceptuelle* » avant celles d'une « *donnée empirique* », celles de simplicité, de cohérence et de généralité. Au fond, en s'adressant prioritairement aux juristes théoriciens et aux étudiants, la théorie constitutionnelle tirée des manuels représente avant tout, et il s'agit d'une formule du Professeur Savaux, « *le droit commun des amphithéâtres et des livres*[1235] ».

De façon appliquée sous cet angle, bon nombre de manuels privilégie la pureté des constructions et les conséquences institutionnelles logiques qu'elles impliquent. Par exemple, l'appréhension de la démocratie au travers du manuel des Professeurs Pactet et Mélin-Soucramanien, continue de reposer sur l'opposition entre souveraineté nationale et

---

[1231] C. Leclercq, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 10e éd., Paris, Litec, 1999, p. 24.
[1232] *Ibid.*, p. 24.
[1233] Voir sur ce point, Ch. Eisenmann, *Centralisation et décentralisation. Esquisse d'une théorie générale*, Paris, LGDJ, 1948, Avant propos, p. 5 : « ***On pourrait dire que « la théorie générale » s'élève au-dessus de chaque droit positif, non point parce qu'elle prétendrait s'élever au-dessus du droit positif, mais au contraire parce qu'elle vise à saisir et comprendre tout le droit positif, et même tout droit positif*** ».
[1234] Voir sur ce point, s'agissant de la théorie générale du contrat, E. Savaux, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, th., Paris, LGDJ, 1997, p. 262 et suiv. : « *en réalité, lorsqu'on se défait du mythe de la positivité de la théorie générale du contrat et qu'on la rend à la science du droit à laquelle elle appartient, elle s'y présente classiquement avec un double visage.*
En premier lieu, la théorie générale du contrat est une éternelle interrogation, une étude sans fin des questions du contrat. Œuvre toujours recommencée, effort de chaque instant, elle est avant tout une activité de la science du droit dans le domaine du contrat.
Mais la théorie générale du contrat est aussi le fruit de ces interrogations, ce que chacun retire (et transmet) de l'étude des questions du contrat. Elle est le produit de l'activité de la science du droit dans le domaine du contrat ».
[1235] *Ibid.*, p. 300 : « *Fondamentalement, la théorie générale, c'est le droit commun de ceux qui savent, pour s'être longuement penchés sur la matière (...) Les Traités de droit civil qui se prononcent sur l'essence de l'acte sont ainsi l'instrument privilégié des faiseurs de systèmes sans lesquels il serait impossible de parler, à propos des règles communes à tous les contrats, de théorie générale* ».

souveraineté populaire à partir de laquelle découlent la démocratie directe et la démocratie représentative[1236]. Entre ces deux formes exclusives, on parle de démocratie semi-directe mêlant la représentation du peuple par des représentants politiques et la consécration de mécanismes qui permettent l'exercice direct du pouvoir par le peuple[1237]. Second exemple, alors qu'elle est qualifiée par le Professeur Chagnollaud de « *mythe fondateur de la classification des régimes politiques*[1238] », la séparation des pouvoirs, selon son application stricte ou souple, débouche sur une appréhension générale des régimes présidentiel et parlementaire[1239].

Finalement, l'essentiel est de rendre compte du phénomène constitutionnel de la façon la plus simple et accessible possible. Destinés essentiellement à des étudiants inscrits en première année de Licence, les manuels ne peuvent qu'être ralliés aux anciennes constructions dotées de vertus pédagogiques incontestables.

B/ Un intérêt historique : les principes généraux, soubassement du libéralisme politique classique

En renvoyant au moment constitutionnel apparu en Angleterre, aux Etats-Unis et en France à la fin du XVIIIe siècle, les principes généraux du droit constitutionnel sont situés. Ils décrivent la démocratie libérale classique. En effet, c'est en s'inspirant des premières organisations constitutionnelles qui ont eu pour visée la préservation de la liberté politique, qu'ont été élaborés les principes généraux du droit constitutionnel. Il s'agit de rendre compte d'institutions types et de réponses identiques aux questions du titulaire, d'organisation et de limitation du pouvoir.

Ainsi à partir du premier mouvement constitutionnel, on peut envisager des « *modèles constitutionnels*[1240] ». Le droit constitutionnel classique, pour reprendre les termes du manuel co-écrit par les Professeurs Debbasch, Pontier, Bourdon et Ricci, « *dans ses recettes, ses*

[1236] Voir P. Pactet, F. Mélin-Soucramanien, *Droit constitutionnel*, 27e éd., Paris, Dalloz, 2008, p. 85 et suiv.

[1237] *Ibid.*, p. 89 : « *Elle implique la coexistence d'organes représentatifs et de procédures d'interventions populaires directes, étant bien entendu que ce sont ces dernières qui sont spécifiques de cette forme de régime* ».

[1238] D. Chagnollaud, *Droit constitutionnel contemporain*, 6e éd., t. 1, Paris, Dalloz, 2009, p. 143.

[1239] Même si l'auteur ne défend pas la pertinence de cette opposition. Il relève sur ce point, que « *cette classification n'est pas sans poser des difficultés logiques et pratiques* ». *Ibid.*, p. 143.

[1240] A-M. Le Pourhiet, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 73.

principes, ses règles et ses institutions[1241] », constitue un étalon à partir duquel on peut suivre l'évolution du régime constitutionnel national. Il favorise la comparaison et permet d'adopter un raisonnement qui suit l'évolution des institutions à travers le cours de l'histoire.

Dès lors, d'un point de vue pédagogique, une lecture historique couplée à l'émergence des grands principes, permet de suivre l'histoire constitutionnelle sans se perdre dans l'infinie variété des régimes constitutionnels. Les principes généraux forment la trame historique, le fil d'Ariane à partir duquel on peut lier la multitude des régimes qu'a connue la France, sans verser dans une histoire factuelle et détaillée. Par exemple, quels ont été les aménagements successifs du principe de séparation des pouvoirs ou de souveraineté à travers les différentes constitutions françaises ?

Conformément à cette logique, certains manuels font le choix d'élaborer leur pensée sur le fondement de phases constitutionnelles qui correspondent à autant de moments historiques[1242]. Par exemple, le Professeur Chantebout organise la partie générale de son manuel à travers trois phases dans l'histoire constitutionnelle nationale, « *L'Etat libéral et la formation des concepts fondamentaux du droit constitutionnel ; la démocratisation des systèmes politiques et les régimes politiques contemporains*[1243] ». L'auteur montre alors l'émergence du régime parlementaire classique sur la base de la séparation des pouvoirs et du système représentatif (mécanismes envisagés par la bourgeoisie libérale de l'époque afin de tenir le peuple à l'écart du pouvoir et de neutraliser l'Etat), avant d'envisager les mutations des institutions sous l'effet notamment, de l'instauration du suffrage universel ou de la formation des partis de masse. La période contemporaine enfin, est celle qui voit une revalorisation importante du pouvoir exécutif au détriment du pouvoir législatif.
Loin de constituer une stricte démarche descriptive, l'utilisation de l'histoire permet de montrer l'environnement social et idéologique dans lequel furent élaborés les grands principes

---

[1241] Voir Ch. Debbasch, J-M. Pontier, J. Bourdon, J-C. Ricci, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 4e éd., Paris, Economica, 2001, p. 238, p. 209.
[1242] Voir à ce sujet, M. Prélot, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1972, p. 287 et suiv. Voir spéc. p. 292 : « *Il n'est, toutefois, pas d'une bonne méthode juridique d'insister sur la fluidité et la dispersion des systèmes politiques telles qu'elles ressortent des faits. Si l'historien, pour rester à leur contact direct, doit suivre leurs méandres chronologiques, il convient, en revanche, que le constitutionnaliste fasse abstraction, autant qu'il le peut, de trop nombreuses particularités diversifiantes et s'en tienne aux lignes essentielles selon lesquelles se groupent les régimes. Il lui revient d'établir les affinités idéologiques et, surtout, les correspondances de structure qui permettent de construire pas grandes masses, les phases successives du mouvement constitutionnel. Ainsi, à l'éparpillement de dizaines d'étapes, substitue- t- il quelques périodes organiques qui, sans fausser les données de la vie, confèrent cependant aux transformations institutionnelles un certain sens et en permettent une explication plausible* ».
[1243] Voir B. Chantebout, *Droit constitutionnel*, 24e éd., Paris, Dalloz, 2007, 598 p.

du droit constitutionnel et de montrer leurs mutations en lien avec l'évolution des régimes politiques[1244].

D'un autre côté, l'histoire du libéralisme politique occidental, dans une perspective plus large, permet de l'opposer aux régimes qui n'ont pas fait le choix de la démocratie. Sur ce point, le manuel du Professeur Jean Gicquel est significatif en ce qu'il repose, à partir du droit constitutionnel classique, sur « *sa déformation*[1245] » au sein d'un certain nombre de régimes étrangers et sur sa « *transformation*[1246] » dans le droit constitutionnel de la Ve République.

Par delà ces aspects historiques et comparatifs, pour finir sur ce point, la doctrine considère le plus souvent, qu'il ne s'agit pas simplement de transmettre les conditions d'émergence du libéralisme politique comme un phénomène historique, mais elle relie le constitutionnalisme occidental à la démocratie contemporaine.

Ainsi, par exemple, le manuel des Professeurs Constantinesco et Pierré-Caps fait le choix de présenter le constitutionnalisme au Royaume-Uni, en France et aux Etats-Unis (« *les modèles fondateurs*[1247] »), comme les soubassements des régimes politiques contemporains et les recettes du libéralisme politique[1248].

Poussant encore plus loin l'analyse, l'ouvrage des Professeurs Debbasch, Pontier, Bourdon et Ricci montre que le droit constitutionnel classique constitue un véritable modèle universel.

[1244] *Ibid.*, p. 71 : « *on peut distinguer trois phases dans l'histoire constitutionnelle depuis la fin du XVIIIe Siècle. La première phase occupe la fin du XVIIIe et la majeure partie du XIXe siècle. C'est la période du triomphe de la bourgeoisie libérale, et c'est aussi une phase capitale pour le développement du droit constitutionnel car c'est alors que s'élaborent les concepts fondamentaux qui continuent à régir – en principe – l'organisation de l'Etat moderne. (...)* ».
La deuxième phase coïncide avec les dernières années du XIXe et le premier tiers, ou dans certains Etats, la première moitié de ce siècle. (...) Elle est marquée par l'avènement du peuple à la vie politique, grâce à la généralisation du droit de suffrage et à la création des partis de masses. Elle se caractérise par une remise en cause, sur le plan pratique, des concepts fondamentaux élaborés au cours de la période antérieure. (...)
Au cours de la troisième phase qui s'ouvre au lendemain de la grande crise économique de 1929 et la guerre mondiale qu'elle a provoquée, les données fondamentales de la vie politique changent de nouveau. (...) ».

[1245] Voir J. Gicquel, J-E. Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 23e éd., Paris, Montchrestien, 2009, p. 45. Les deux auteurs précisent, sur ce point, que « *si l'attraction de l'Occident fut considérable depuis 1989, au point d'entraîner de profondes transformations structurelles, des poches de résistance vont se maintenir. La Chine, la Corée du Nord, la Birmanie, l'Afghanistan et l'Iran, pour ne citer que les cas les plus flagrants, se réclament, en effet, de schémas politiques distincts imperméables aux valeurs du libéralisme politique et de la démocratie perçues avant tout comme occidentales et allogènes à leur propres traditions nationales* ».

[1246] *Ibid.*, p. 46 : « *A l'heure actuelle, des distorsions sont infligées au droit constitutionnel classique dans les pays occidentaux. Outre la réconciliation entre l'individu et le pouvoir, marquée par l'avènement des libertés-créances ou droits sociaux, la modernité a été à l'origine d'une inversion de la hiérarchie entre les pouvoirs publics, symbolisée respectivement par la montée en puissance du pouvoir exécutif et du juge constitutionnel. La Ve République en porte le témoignage* ».

[1247] Voir V. Constinesco, S. Pierré-Caps, *Droit constitutionnel*, 3e éd., Paris, PUF, coll. Thémis, 2007, 570 p.

[1248] *Ibid.*, p. 35 : « *En réalité, la démocratie constitutionnelle contemporaine procède elle- même des systèmes politiques qui se sont engendrés les uns les autres par référence à trois grandes traditions, qui sont autant de modèles fondateurs* ».

Malgré la remise en cause des principales institutions politiques imaginées en Occident au début du XXe siècle, l'effondrement des modèles alternatifs ou contestataires provoque un retour au constitutionnalisme classique, « *comme s'il s'agissait d'un véritable standard*[1249] ».

La transmission des conditions d'émergence du libéralisme politique et les principes qui le fondent, demeure ainsi un objectif essentiel de l'enseignement du droit constitutionnel en première année de Licence. Certes, il relève de l'histoire constitutionnelle mais en réalité, tout se passe comme si tout régime constitutionnel devait se rapprocher des recettes imaginées en 1789 afin de parvenir à une juste conciliation entre l'exercice du pouvoir et la liberté politique des citoyens. Situés, les principes généraux du constitutionnalisme sont présumés, à la lecture des manuels, intemporels. C'est précisément l'une des raisons pour lesquelles, la survivance des principes classiques est préservée. Ils continuent, au titre des grands principes ancrés dans la tradition constitutionnelle nationale, d'irriguer les discours politiques ou juridiques alors même que leur sens a changé.

C/ Un intérêt pratique : les mots restent alors même que le contenu a changé

Après avoir discuté les différentes critiques formulées à l'encontre du principe de séparation des pouvoirs, dans son acception traditionnelle[1250], les Professeurs Pactet et Mélin-Soucramanien considèrent que la présentation de cette modalité d'organisation du pouvoir ne procède pourtant pas d'un intérêt strictement historique. En substance ils relèvent que **« *il ne faut pas croire pour autant que la théorie de la séparation des pouvoirs appartient désormais au passé. En effet, on constate presque toujours un décalage important entre le déclin d'une théorie, qui perd progressivement de sa force et de sa valeur explicative parce qu'elle ne correspond plus vraiment à la réalité et sa réception par l'opinion publique, qui continue d'y croire, et par la classe politique qui persiste à l'évoquer*[1251] »**. En ce sens, l'actualité montre que les grandes notions du droit constitutionnel sont constamment agitées et

[1249] Voir Ch. Debbasch, J-M. Pontier, J. Bourdon, J-C. Ricci, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, *op. cit.*, p. 238.
[1250] Le principe de séparation des pouvoirs n'explique plus la réalité du phénomène constitutionnel compte tenu d'une part, de son rejet par les régimes autoritaires et d'autre part, du fait qu'elle fut élaborée à une époque où les partis politiques n'existaient pas.
[1251] Voir P. Pactet, F. Mélin-Soucramanien, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 108.

qu'elles ont encore un poids important non seulement dans le discours juridique, mais aussi et surtout dans le discours politique[1252].

Dotée d'une valeur symbolique forte, l'évocation de ces principes renvoie à la tradition libérale nationale comme à son identité par rapport aux autres Etats. Ils constituent des instruments de légitimation de l'action des pouvoirs publics dont le retentissement auprès de l'opinion public est réel. Peu importe au fond, que tel principe ne renvoie plus à son sens originel hérité du siècle des Lumières, l'important c'est l'idée.

Sur ce point, le Professeur Slobodan Milacic apporte une contribution des plus stimulantes dans la mesure où, à l'occasion d'un ouvrage sur l'actualité de la séparation des pouvoirs paru en 2007, il entreprend d'interroger « *l'idée de séparation des pouvoirs*[1253] », c'est-à-dire ni une règle de droit, ni un principe élaboré par la doctrine[1254]. Plus précisément, dans son objet, une idée, relève le Professeur Milacic, est « *abstraite d'un contenu concret, anecdotique. Son génie réside dans son esprit, relativement général et impersonnel. Les « grandes idées » traversent les temps et les espaces particuliers en tendant vers l'universalité. Elles « rebondissent » en se « recyclant » dans les différents contextes puisque, par hypothèse, elles sont censées expliquer, au bout du compte, les diversités et les ressemblances humaines*[1255] ».

Dans le fond, l'auteur s'efforce de démontrer que l'idée de séparation des pouvoirs, depuis la conceptualisation établie par Montesquieu, a toujours été conservée quels que soient les régimes politiques qui se sont succédés en France[1256].

[1252] La souveraineté, à l'occasion de l'adhésion ou l'intégration d'un traité international, constitue toujours un élément fondamental des débats. Voir A. Haquet, *le concept de souveraineté en droit constitutionnel français*, th., Paris, PUF, 2004, p. 10 : « *La souveraineté est dès lors devenue un thème de campagne électorale en raison de sa charge symbolique ; car la souveraineté nationale incarne à la fois l'indépendance nationale, l'unité et la continuité de l'Etat puisqu'elle est indivisible et inaliénable, la République dont elle est l'horizon indépassable, la démocratie dont elle est le pouvoir, etc.. Son évocation est donc fort utile pour dénoncer l'affaiblissement de l'Etat dû aux transferts de compétences, que ce soit en faveur des organisations supranationales ou des collectivités infra- étatiques. La souveraineté est ainsi devenue un slogan et une arme politique* ».

[1253] Voir S. Milacic, « De la séparation des pouvoirs à l'idée des contre- pouvoirs : Montesquieu revigoré par le néolibéralisme », *in* A. Pariente (Dir.), *La séparation des pouvoirs. Théorie contestée et pratique renouvelée*, Paris, 2007, p. 31 et suiv.

[1254] *Ibid.*, p. 31 : « *Le thème qui nous est proposé sur « L'actualité de la séparation des pouvoirs » implique, en quelque sorte, une idée nue. Il ne s'agit ni du « principe juridique », voire « mythe » fondateur, ni du « concept », c'est-à-dire de la « théorie » ou de la « doctrine »* ».

[1255] *Ibid.*

[1256] *Ibid.*, p. 42 : « *C'est en parcourant le chemin historique de l'idée de la séparation des pouvoirs depuis Montesquieu jusqu'à nos jours que l'on pourra percevoir, on l'espère du moins, sa permanence à travers toutes les mutations de notre système fait d'équilibres complexes, à la fois représentatif, libéral, démocratique, pluraliste, puis néolibéral* ».

Précisément, par-delà le traitement particulier de la séparation des pouvoirs, le raisonnement général développé par le Professeur Milacic, pourrait valoir pour de nombreux principes généraux du droit constitutionnel élaborés au moment de la Révolution.

D'un autre côté, l'indétermination malgré la valeur symbolique forte qu'inspirent ces principes, en font des slogans et des armes politiques[1257].

On en arrive finalement à une déformation et à un usage protéiforme des principes[1258]. Il ne s'agit plus véritablement du principe juridique ou du principe doctrinal[1259]. Sans réel contenu concret, l'idée véhicule un certain nombre de valeurs lui permettant de traverser le temps et les régimes.

Ainsi, le modèle de Montesquieu serait devenu caduc avec le passage de la démocratie classique vers la démocratie pluraliste des partis politiques. D'un autre côté, le principe doctrinal de séparation des pouvoirs et la distinction entre séparation souple et stricte ne sont plus pertinents pour rendre compte du droit positif. Cependant l'idée de séparation des pouvoirs qui conduit à un système libéral n'est pas datée et garde une actualité certaine : quel régime politique libéral ne consacre pas au sein de l'organisation du pouvoir politique, des règles qui visent à limiter l'exercice du pouvoir en les séparant ou en organisant des freins et contrepoids entre les institutions ?

On assiste donc à une sorte d'instrumentalisation des principes à l'heure actuelle conduisant suivant le discours et les nécessités du moment, à agiter tel principe et le doter de l'acception la plus adaptée au contexte. A l'occasion, par exemple, de l'affaire d'Outreau, les débats juridiques comme politiques réactualisent la notion de séparation des pouvoirs dans son sens le plus strict, celui là même qui depuis longtemps est considéré comme inadapté à la réalité du droit. De l'objectif général de non concentration des pouvoirs entre les mains d'un unique

---

[1257] Sur la séparation des pouvoirs, voir P. Avril, « Séparation des pouvoirs et la Ve République : le paradoxe de 1958 », *in* A. Pariente (Dir.), *La séparation des pouvoirs. Théorie contestée et pratique renouvelée*, *op. cit.*, p. 79.

[1258] Voir sur ce point, A. Haquet, *Le concept de souveraineté en droit constitutionnel français*, *op. cit.*, conclusion p. 295-296 : « *Peut-on accepter qu'un concept soit modifié en fonction des aspirations de ceux qui l'utilisent ? Un mot désigne une idée ; cette idée peut être controversée mais la contestation ne modifie pas l'idée ou alors il est plus logique de renoncer à l'utilisation du concept. Peu de réponses convaincantes pour remplacer cette notion, il existe des arguments pour se résoudre à la persistance de la notion mais son signifié doit être modifié* ».

[1259] S. Milacic, « De la séparation des pouvoirs à l'idée des contre-pouvoirs : Montesquieu revigoré par le néolibéralisme », *in* A. Pariente (Dir.), *La séparation des pouvoirs. Théorie contestée et pratique renouvelée*, *op. cit.*

détenteur en effet, l'histoire a montré que l'aménagement des pouvoirs doit prévoir des mécanismes de collaboration comme de limitations des pouvoirs entre eux.

Pourtant, les débats impliqués par le procès d'Outreau et notamment les réactions à la mise en place d'une commission d'enquête parlementaire chargée d'apprécier le fonctionnement de la justice à l'occasion de cette affaire, vont toutes dans le même sens. La légitimité de la commission heurterait le grand principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs[1260].

L'avis du Conseil supérieur de la magistrature au Président de la République du 16 février 2006 est en ce sens très éclairant : « *le Conseil supérieur de la magistrature estime de son devoir constitutionnel de rappeler les principes fondamentaux de séparation des pouvoirs et d'indépendance de l'autorité judiciaire (...) Ces principes n'interdisent certes pas une réflexion sur son évolution, ses moyens, ses méthodes et ses conditions de fonctionnement (...) ces principes impliquent que les pouvoirs publics se gardent de toute ingérence dans la prise de décision des magistrats. De même que le juge ne saurait refaire la loi, les autres pouvoirs doivent s'abstenir de refaire la décision juridictionnelle. Celle- ci ne peut être remise en cause que par l'exercice des voies de recours (...) Au vu des auditions des magistrats par la commission d'enquête parlementaire de l'Assemblée Nationale, le Conseil supérieur de la magistrature déplore que ceux- ci aient été interrogés sur l'élaboration de leurs décisions juridictionnelles. Il doit rappeler avec force que les juges ne peuvent être contraints de s'en justifier autrement que par la motivation prescrite par la loi (...)*[1261] ».

De la même façon M. Benhamou, magistrat, définit les relations entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif comme devant répondre d'une séparation stricte[1262]. A titre principal, il considère qu'en recherchant d'éventuelles fautes dans l'activité des magistrats, la commission s'est immiscée dans l'appréciation d'actes juridictionnels et s'est de fait placée dans le rôle d'une juridiction d'appel[1263] : « *force est de constater que la commission d'enquête*

[1260] Voir par exemple sur ce point, G. Carcassonne, « Le CSM a une étrange vision de la séparation des pouvoirs », Le Monde, 19 février 2006.

[1261] Voir rapport annuel du CSM pour 2004-2005 disponible à l'adresse suivante : http://www.conseil-superieur-magistrature.fr/sites/all/themes/csm/rapports/rapport2005.pdf

[1262] Y. Benhamou, « La commission d'Outreau et la séparation des pouvoirs », *D*. 2007, p. 589.

[1263] *Ibid.*: « *Le regard critique que la commission parlementaire portait sur de multiples actes juridictionnels de l'affaire d'Outreau, et qui en principe doivent échapper à son examen, était susceptible de porter atteinte au crédit de l'institution judiciaire et par suite mettait à mal indirectement le principe d'autorité de la chose jugée. Ce faisant, elle se plaçait tout en s'en défendant simultanément sur un terrain identique à celui d'une juridiction d'appel et sur un terrain disciplinaire qui pourtant ressortit aux attributions du Conseil supérieur de la magistrature siégeant en matière disciplinaire. Force est donc de constater que la commission d'enquête parlementaire, notamment à l'occasion de l'audition des magistrats, a bien porté atteinte au principe de séparation des pouvoirs* ».

parlementaire, notamment à l'occasion de l'audition des magistrats, a bien porté atteinte au principe de séparation des pouvoirs[1264] ».

A contrario, M. Michaud défend une position inverse sur la base d'une toute autre lecture de la séparation des pouvoirs : « *Le fameux principe de la séparation des pouvoirs sert aujourd'hui si souvent d'argument pour défendre le droit de la magistrature à s'autogérer sans égard à sa responsabilité sociale ni aux comptes qu'elle a à rendre aux citoyens qu'il est bon de rappeler quelques points de théorie politique et juridique qu'apparemment on n'enseigne plus aux magistrats*[1265]». Pour lui, la théorie de la séparation des pouvoirs implique la mise en place de mécanismes qui permettent l'équilibre mais surtout la limitation et le contrôle des différents pouvoirs dans l'Etat[1266].

Enfin et pour finir sur ce point, on peut se demander si finalement au moins pour cinq principes généraux, ceux-ci ne représentent pas la traduction juridique d'une « *idée* ». En effet, à l'occasion de l'analyse de la loi du 3 juin 1958 qui a permis au gouvernement d'élaborer la constitution de 1958, le propos s'est efforcé de montrer que les cinq principes prévus par cette loi, représentent surtout des grandes directions générales peu contraignantes[1267].

Considérée comme « ***la base juridique du pouvoir constituant***[1268]» par Georges Burdeau, cette loi est censée impliquer la déduction pratique de ces principes dans la future constitution[1269]. En conséquence, dès lors que le Gouvernement a toujours considéré au cours des débats, que ces principes correspondent, en réalité, à une marque de fidélité « *à la doctrine traditionnelle de la démocratie française et universelle*[1270] », ils auraient traduit dans

---

[1264] *Ibid*.

[1265] Y. Michaud, « Une justice sans contrôle et sans limites ? », Le Monde, 24 février 2006.

[1266] *Ibid.* : « *En critiquant la commission parlementaire sur Outreau, les magistrats font preuve d'un corporatisme déplacé. Rappelons que les philosophes des Lumières n'ont pas prôné la séparation des pouvoirs, mais leur équilibre* ».

[1267] Voir *Supra.*, titre 2, chapitre 1er.

[1268] Voir G. Burdeau, *Manuel de droit constitutionnel*, 21e éd., Paris, LGDJ, 1989, p. 417.

[1269] Sur ce point, M. Zimmer considère que la loi du 3 juin « fait partie de ces actes juridiques qui sans être assimilables à l'acte constituant lui-même, le précèdent et participent à son élaboration de façon déterminante ». Il ajoute, que cette loi a pour objet « *d'encadrer le travail de rédaction de la Constitution et pour ce faire comportait une série de limitations sous la forme de principes de base inscrits dans le texte. Le respect de ces différents principes empêchait le Gouvernement en charge de la rédaction du projet de Constitution de définir lui- même la forme du futur régime politique, c'est-à-dire précisément de prendre la décision constituante fondamentale. C'est là l'effet du principe de la dérogation qui contraint l'organe chargé de mettre en œuvre la compétence constituante de l'exercer dans les limites fixées par le pouvoir de révision* ». Voir W. Zimmer, « La loi du 3 juin 1958 : contribution à l'étude des actes pré-constituants », *RDP*, 1995, p. 401.

[1270] Voir, par exemple, *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, vol. 1, La Documentation française, Paris, 1987, p. 154.

le droit, cinq idées. En d'autres termes, l'évolution de la souveraineté nationale via le suffrage universel, la séparation des pouvoirs, pour ne prendre que deux exemples concernés par cette loi[1271], demeurent, au travers de l'évolution de la Ve République, ce qu'ils ont toujours été depuis la création de la constitution : des directions générales qui garantissent le libéralisme français et la démocratie parlementaire.

Section 2/ Le Conseil constitutionnel et le « conceptualisme » en droit constitutionnel

Les transformations de la fonction de juger et notamment le rôle central du juge dans le système juridique contemporain constituent un thème récurrent au sein de la doctrine[1272].
Cette tendance générale entre autres, résulte d'une fragilisation du droit écrit. Effectivement au sein des branches de droit écrit, la place de la jurisprudence est étroitement liée à la règle de droit écrit[1273]. Hiérarchiquement inférieur à la loi, l'acte juridictionnel acquiert un statut qui dépasse la seule application de la loi à un cas d'espèce pour devenir une règle générale[1274],

---

[1271] Plus précisément le projet de loi présenté par le Gouvernement est rédigé dans les termes suivants : « *le Gouvernement entend préciser, vis-à-vis du Parlement, les principes qui devront inspirer la réforme de la Constitution et auxquels, pour sa part, il est résolu à se conformer. Ces principes sont les suivants : 1° Seul le suffrage universel est la source du pouvoir. C'est du suffrage universel ou des instances élues par lui que dérivent le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif ; 2° Le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif doivent être effectivement séparés, de façon que le Gouvernement et le Parlement assument, chacun pour sa part et sous sa responsabilité, la plénitude de leurs attributions ; 3° Le Gouvernement doit être responsable vis-à-vis du Parlement ; 4° le pouvoir judiciaire doit demeurer indépendant des autres pouvoirs pour être à même d'assurer le respect des libertés essentielles telles qu'elles sont définies par la préambule de la Constitution de 1946 et par la Déclaration des droits de l'homme à laquelle il se réfère ; 5° La Constitution doit permettre d'organiser les rapports de la République avec les peuples qui lui sont associés. Sur ces bases, la République assurera l'efficacité de l'Etat et la garantie des libertés publiques* ». *Ibid.*, p. 138.

[1272] Voir par exemple, F. Ost, M. Van de Kerchove, « Le juge, entre ordre et désordre », *in Dire le droit, faire justice*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 61. Voir, par ailleurs, F. Ost, M. Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, 596 p. ; J. Foyer, G. Canivet (Dir.), *La création du droit par le juge*, *Archives de Philosophie du droit*, 2007, 470 p.

[1273] Voir *Supra*.

[1274] La place du juge dans un système juridique oscille entre celle de simple exécutant du droit et celle de créateur de normes, le plus souvent compte tenu de l'état du droit écrit. Si celle-ci est claire et stable, elle réduit la marge de manœuvre du juge et le place au rang de simple exécutant de la volonté de l'auteur de la norme écrite. *A contrario*, si la règle de droit est imprécise et qu'elle n'est pas directement applicable aux faits dont le juge a à connaître, l'acte juridictionnel devient acte d'interprétation du droit écrit au point de conférer parfois, un véritable pouvoir de création entre les mains du juge. Réfutée par les partisans d'une répartition stricte des compétences entre le pouvoir législatif et judiciaire, la « *jurisprudence/ source du droit* » cesse d'entrer en contradiction avec la séparation des pouvoirs dès lors que le juge vient combler un manque du droit écrit.
Tout se passe ainsi comme si l'ordre des sources du droit dans la hiérarchie des normes se renversait dans la mesure où l'on cherche dans les décisions juridictionnelles, le droit applicable en cas de carence du droit écrit ou plus humblement des précisions sur le droit écrit. Sur ce point, voir F. Ost, M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau. Pour une théorie dialectique du droit*, *op. cit.*, spéc. « *Section 6. Les décisions de justice en position de plus en plus dominante ?* », p. 97 et suiv.

à partir du moment où le droit écrit ne lui fournit pas la règle qui permet de trancher un litige[1275]. Il peut s'agir d'un cas non prévu par le législateur, une lacune, de dispositions peu claires ou qui méritent d'être adaptées à un cas d'espèce[1276].

Ainsi, quelle que soit la branche du droit concernée, si la dévalorisation de la règle de droit provoque une surestimation de la jurisprudence[1277], au-delà, en droit constitutionnel plus particulièrement, il est aujourd'hui admis que la jurisprudence du Conseil est une source du droit à part entière et que l'enrichissement de la jurisprudence correspond à un enrichissement des règles du droit positif en vigueur (§1).

Partant, la doctrine doit s'efforcer de prendre en compte dans ses analyses, un droit jurisprudentiel positif en constante évolution et tout l'enjeu consiste à dépasser une description factuelle et empirique, pour faire de la jurisprudence une source de reconsiération théorique des principes généraux du droit constitutionnel (§2).

§1/La jurisprudence du Conseil constitutionnel, objet du droit positif en vigueur

La multiplication des révisions de la Constitution consitue à l'heure actuelle, une raison essentielle qui conduit à complexifier l'accès aux dispositions de nature constitutionnelle (A).

Voir également, *Ibid.*, p. 102 : « *Débordant ainsi, par ses effets juridiques, les limites de l'espèce jugée, l'acte juridictionnel devient source d'une norme générale qui, une fois encore, apparaissant comme le dernier maillon de la chaîne, semble occuper, dans les faits, une place prééminente dans la hiérarchie des normes, même si les actes individuels à partir desquels elle s'élabore sont, en droit, considérés comme subordonné, et qu'aucune norme de compétence supérieure n'a pour objet de l'ériger en norme juridique* ».

Voir par ailleurs sur ce point, F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2e éd., Paris, LGDJ, 2 t., 1954. Voir spéc.,t. 2, p. 35 et suiv.

Pour une illustration pratique, au sein du Discours préliminaire sur le projet de Code civil, Portalis entend mettre en lumière ce rapport nécessaire entre le droit écrit et la jurisprudence : « *Un Code, quelque complet qu'il puisse paraître, n'est pas plutôt achevé, que mille questions inattendues viennent s'offrir au magistrat. Car les lois, une fois rédigées, demeurent telles qu'elles ont été écrites ; les hommes au contraire, ne se reposent jamais ; ils agissent toujours* » (…) « *Une foule de choses sont donc nécessairement abandonnées à l'empire de l'usage, à la discussion des hommes instruits, à l'arbitrage des juges* ». (…) « *De là, chez toutes les nations policées, on voit toujours se former, à côté du sanctuaire des lois, et sous la surveillance du législateur, un dépôt de maximes, de décisions et de doctrines qui s'épure journellement par la pratique et par le choc des débats judiciaires, qui s'accroît sans cesse de toutes les circonstances acquises, et qui a constamment été regardé comme le vrai supplément de la législation* ». Discours préliminaire sur le projet de Code civil, cité par M. Canivet : G. Canivet, « Activisme judiciaire et prudence interprétative », *in* J. Foyer, G. Canivet (Dir.), *La création du droit par le juge, op.cit.*, p. 10.

[1275] Voir sur ce point, F. Hourquebie, *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la Ve République*, th., Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 103 : « *Par une sorte de mouvement antagoniste, la fragilisation de la loi participe donc inévitablement au renforcement statutaire du juridictionnel, en tant que pouvoir attendu* ».

[1276] Ces cas sont, d'ailleurs, expressément prévus par le Code civil : « *le juge qui refusera, sous prétexte de silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice* ». Voir Article 4 de Code civil, disponible sur le site internet « légifrance » à l'adresse suivante : http://www.legifrance.gouv.fr/

[1277] Sur ce point, voir *Infra*, IIe Partie, Chapitre 1er.

Suggérant une prolifération de normes constitutionnelles nouvelles, le développement de la jurisprudence du Conseil constitutionnel va également dans ce sens. A même d'enrichir la signification des normes qu'il utilise à l'occasion du contrôle de constitutionnalité des lois, la doctrine n'hésite alors plus à considérer que le juge crée du droit. Sur ce point, l'apport des théories réalistes de l'interprétation appliquées au droit constitutionnel, apparaît décisif (B).

A/ Une dévalorisation progressive de la constitution écrite : un phénomène de banalisation des révisions constitutionnelles

Parmi les facteurs[1278] susceptibles de fragiliser et de complexifier la Constitution[1279], la doctrine[1280] considère unanimement que la multiplication des révisions[1281] constitue un aspect essentiel. Plus précisément, le rythme et la multiplication des révisions de la Constitution de 1958 méritent, selon les termes employés par le Professeur Bernard Chantebout, d'être considérées comme l'un des aspects qui concourent « *au dérèglement du système*[1282] » de la Ve République. De la même façon, Mme Grabarczyk suggère qu'à « *la lecture des dernières révisions qui ont affecté la Ve République, il est tentant de parler de « crise de la Constitution*[1283] ».

[1278] En 1992, le Professeur Philippe Ardant dresse une typologie des motifs qui impliquent une révision de la constitution. Voir Ph. Ardant, « La révision constitutionnelle en France. Problématique générale », *in* Association Française des constitutionnalistes, *La révision de la constitution*, Aix- en- Provence, PUAM, 1992, p. 79.

[1279] D'un autre côté, cet aspect interroge la question de savoir si, finalement, ce ne sont pas les pouvoirs publics – pouvoirs constitués – qui ont la maîtrise de la loi fondamentale qui normalement les contraint ?

[1280] Dès 2002, M. Fraissex s'interroge sur les moyens de prévenir « *d'incessants « dérapages révisionnels »*». voir P. Fraissex, « La Constitution du 4 octobre 1958 et ses révisions », *RDP*, 2002, p. 473 et suiv. Voir également, P. Pactet, « La désacralisation progressive de la Constitution de 1958 », *in La République, Mélanges Pierre Avril*, Paris, Montchrestien, 2001, p. 389 ; P. Pactet, « Complexité et contradictions de l'ordre constitutionnel positif sous la Ve République », *Les mutations contemporaines du droit public : Mélanges B. Jeanneau*, Paris, Dalloz, 2002, p. 425 ; D. G. Lavroff, « La crise de la constitution française », *in Mélanges en hommage à Francis Delpérée : itinéraire d'un constitutionnaliste*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 757.

[1281] Pour une analyse générale des révisions sous la Ve République, voir S. Pierré-Caps, « Les révisions de la Constitution de la Cinquième République : temps, conflits et stratégies », *RDP*, 1998, p. 409 et suiv ; J. Waline, « Les révisions de la Constitution de 1958 », *in Droit et politique à la croisée des cultures, Mélanges Philippe Ardant*, Paris, LGDJ, 1999, p. 235 ; P. Fraissex, « La Constitution du 4 octobre 1958 et ses révisions », *op.cit.*, p. 458 et suiv ; O. Beaud, « Les mutations de la Ve République ou comment se modifie une constitution écrite », *Pouvoirs*, 2001, n° 99, p. 19 ; Voir, enfin, F. Moderne (Dir.), *Réviser la Constitution. Analyse comparative d'un concept indéterminé*, Paris, Dalloz, 2006, 106 p.
Pour des analyses plus particulières, voir par exemple, G. Gondouin, « Le Conseil constitutionnel », *RDP*, 2001, p. 489.

[1282] Voir B. Chantebout, *Droit constitutionnel*, 25e éd., Paris, Sirey, 2008, p. 401.

[1283] Voir K. Grabarczyk, « La notion de constitution à l'épreuve des révisions constitutionnelles », *RRJ*, 2007, n° 3, p. 1331.

La révision de la Constitution correspond à la modification du texte dans son sens formel. Il s'agit de l'adoption de normes qui ont valeur constitutionnelle, c'est-à-dire dans le cas de la France, de normes dont les conditions d'adoption sont différentes de celles des lois ordinaires et qui suppriment ou modifient d'autres normes de même rang[1284]. Conformément à la distinction académique entre les constitutions dites « *souples* » et les constitutions « *rigides*[1285] », suivant les modalités de révision du texte, la Constitution du 4 octobre 1958 mérite assurément d'être rangée dans la seconde catégorie[1286]. Prévue à l'article 89, la révision de la constitution est soumise à des conditions qui témoignent du souci, de la part du pouvoir constituant, d'instaurer des conditions strictes pour réviser la constitution et de fait, pour préserver la stabilité de la norme fondamentale.

Si le nombre de révisions est faible entre 1960 (date de la première révision de la constitution) et 1976, il s'accélère sensiblement à partir des années 1990[1287]. En effet, on compte entre 1992 et 2008, date de la dernière révision[1288], pas moins de dix-huit révisions alors que la première période n'en compte que cinq. La périodicité depuis 1992 ne va d'ailleurs jamais au-delà de trois ans. Un tel emballement de la procédure de révision de la Constitution permet alors de se demander pourquoi, alors que l'article 89 n'a lui-même jamais été révisé, les années 1990 ont provoqué une multiplication des révisions ?

Parmi les raisons, la ratification par la France d'engagements internationaux en est une substantielle[1289]. Pour preuve, les révisions liées aux avancées du droit communautaire et international, concernent le tiers des révisions recensées de la Constitution.

[1284] A l'entrée « *révision* », le dictionnaire constitutionnel retient la définition suivante : « *Réviser une constitution consiste à modifier son contenu en procédant à l'adoption d'une loi constitutionnelle, selon les dispositions prévues par la constitution en vigueur.* » Voir O. Duhamel, Y. Mény, *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, PUF, 1992, p. 932.

[1285] Sur cette distinction, voir, par exemple, P. Pactet, F. Mélin-Soucramanien, *Droit constitutionnel*, 27e éd., Paris, Sirey, 2008, p. 70.

[1286] Voir sur ce point, M. Fekl, « Les révisions de la Constitution : stabilité et réformes de la norme fondamentale », *LPA*, 10 juillet 2008, n° 138, p. 43 : « *Il est usuel, en droit constitutionnel, de distinguer les Constitutions selon leur caractère souple ou rigide. Dans cette summa divisio, la Constitution de 1958 s'inscrit sans conteste dans la seconde catégorie. Elle prévoit en effet des modalités spécifiques pour sa propre révision. Ces spécificités répondent à l'objectif de stabilité de la norme constitutionnelle : norme fondamentale de l'ordonnancement juridique, mais aussi matérialisation juridique du pacte social, celle- ci doit bénéficier d'une protection spécifique, de nature à la mettre à l'abri de révisions inconsidérées* ».

[1287] *Ibid.* : « *Malgré son affirmation ancienne, la révision de la Constitution est une pratique récente en France : longtemps, notre histoire politique a en effet davantage été marquée par des changements de Constitutions que par des modifications de la Constitution* ».

[1288] Il s'agit de la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la République. Voir JO du 24 juillet 2008, texte 2.

[1289] Sur ce point, voir H. Roussillon, « Rigidité des constitutions et justice constitutionnelle : Réflexions sur un paradoxe », *in La République, Mélanges Pierre Avril*, Paris, Montchrestien, 2001, p. 251 et suiv.

Ainsi, avec le développement de la société internationale et la multiplication des accords auxquels la France est partie, se pose régulièrement la question de la compatibilité de la Constitution avec les traités internationaux. Pour s'assurer de cette compatibilité, l'article 54 de la Constitution prévoit une procédure au terme de laquelle le Conseil constitutionnel est amené à se prononcer sur la compatibilité entre un engagement international et la Constitution. Toujours selon l'article 54, la ratification de l'engagement ne peut intervenir qu'après révision de la Constitution en cas de contrariété entre les deux normes[1290].
Confrontant les dispositions respectives d'un traité avec la Constitution, la démarche du Conseil constitutionnel induit alors une stricte mise en conformité du droit national au regard des traités internationaux[1291]. En d'autres termes, il s'agit, en cas de contrariété, d'adapter la Constitution à tel ou tel traité sans aller trop loin dans la mise en conformité. L'objet de la modification de la Constitution, pour reprendre les termes du Professeur Constance Grewe sur ce point, se résume bien souvent à « *une autorisation constitutionnelle à la ratification*[1292] ». L'objectif est alors minimal et si une nouvelle révision apparaît ultérieurement nécessaire pour permettre tel transfert de compétence ou telle nouvelle mise en conformité, la procédure sera renouvelée. Dans la forme, la succession des révisions liée à la ratification de traités internationaux par la France, donne à la Constitution de la Ve République, pour reprendre les termes du Professeur Breillat, des allures de « *catalogue de Traités*[1293] ».

De façon appliquée par exemple, depuis la loi constitutionnelle du 25 juin 1992 est introduit un Titre XIV intitulé « *Des Communautés européennes et de l'Union européenne* » et

---

[1290] Précisément, l'article 54 prévoit que : « *Si le Conseil constitutionnel, saisi par le Président de la République, par le Premier ministre, par le président de l'une ou l'autre assemblée ou par soixante députés ou soixante sénateurs, a déclaré qu'un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, l'autorisation de ratifier ou d'approuver l'engagement international en cause ne peut intervenir qu'après révision de la Constitution* ». Voir le texte de la Constitution, disponible sur le site du Conseil constitutionnel à l'adresse suivante : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-du-4-octobre-1958/acces-par-titres.5110.html#titre7

[1291] Voir C. Grewe, « La révision constitutionnelle en vue de la ratification du Traité de Maastricht », *RFDC*, 1992, p. 418 : « *Aussi le garde des Sceaux a-t-il présenté la philosophie de la révision comme ne devant permettre d'ouvrir aucune brèche dans nos institutions pour livrer la place à je ne sais quel débordement communautaire et a-t-il souligné la nécessité d'une nouvelle révision pour tout nouveau transfert de compétences. D'où la méthode adoptée, consistant dans une réforme minimale, limitée aux strictes nécessités de la ratification du Traité : le traité, tout le Traité, rien que le Traité a prévenu le Premier ministre de l'Assemblée nationale* ».

[1292] *Ibid.*, p. 420. Elle relève : « *ainsi au sénat, le Gouvernement a parlé d'autorisation constitutionnelle à la ratification.* »

[1293] Voir D. Breillat, « La Constitution, un catalogue de Traités ? », *in Les mutations du droit public, Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau*, Paris, Dalloz, 2002, p. 305. Voir p. 314 et suivant : « *A chaque difficulté constitutionnelle correspondra une révision spécifique identifiant formellement- ou presque- le traité international faisant obstacle et empêchant toute évolution ultérieure sans qu'une révision n'intervienne. De ce fait la Constitution va s'enrichir d'articles nouveaux à la numérotation peu lisible* ».

notamment un article 88-1 au terme duquel, « *La République participe aux Communautés européennes et à l'Union européenne, constituées d'États qui ont choisi librement, en vertu des traités qui les ont instituées, d'exercer en commun certaines de leurs compétences*[1294] ». De la même façon, depuis la loi constitutionnelle du 8 juillet 1999 est introduit un article 53-2 au sein du titre VI de la constitution qui prévoit que « *La République peut reconnaître la juridiction de la Cour pénale internationale dans les conditions prévues par le traité signé le 18 juillet 1998*[1295]».

Par conséquent, cette tendance fragilise la Constitution dans son ensemble, en compliquant l'accès à la norme. La lisibilité du droit positif s'obscurcit sous le poids des révisions, dans la mesure où elles fissurent la cohérence d'ensemble du texte, introduisent des dispositions contradictoires au cœur de la norme fondamentale et injectent des dispositions circonstancielles au sein de règles censées bénéficier d'une certaine stabilité.
Sur ce dernier point, la technique qui s'est développée, à l'occasion de l'intégration d'un traité, d'utiliser une procédure en deux temps, constitue une nouvelle illustration pertinente. Cette procédure permet d'abord à l'Etat d'engager le processus de ratification, avant d'entériner la ratification[1296].

Parallèlement, les débats récents sur l'opportunité d'introduire des dispositions relatives à la bioéthique[1297] attestent de la tendance à insérer au sein de la Constitution des règles impliquées par les nécessités sociales du moment[1298]. La Constitution devient le réceptacle de thèmes qui n'ont plus rien à voir avec les règles d'organisation et de fonctionnement des

---

[1294] http://mjp.univ-perp.fr/france/co1958-6.htm
[1295] *Ibid.*
[1296] Voir sur ce point, L. Guilloud, « Révision constitutionnelle et intégration européenne, l'insoutenable légèreté de la Constitution », *RDP*, 2009, n° 2, p. 397 : « *Ainsi, la Constitution comporte d'une part des dispositions dont l'entrée en vigueur est conditionnée par la ratification ultérieure d'une traité, et d'autre part des dispositions provisoires, qui ne s'appliquent que pour une durée déterminée, en l'occurrence celle du processus de ratification du traité en question.* » Elle ajoute, « *on peut se demander s'il est opportun de maintenir la technique de la révision ponctuelle, « a minima », de la Constitution. Ne serait-ce pas préférable d'introduire dans la Constitution une clause générale relative à l'union européenne autorisant plus largement les transferts de compétence en vue de la poursuite du processus d'intégration ?* »
[1297] Voir, sur ce point, C. Byk, « La constitution, loi suprême de la Cité ou instrument du sacre de la bioéthique », *JCP G*, 28 mars 2008, n°13, p. 3.
[1298] Voir D. Maus, « Où en est le droit constitutionnel ? », *Mouvement du droit public : du droit administratif au droit constitutionnel, du droit français aux autres droits, Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Paris, Dalloz, 2004, p. 707 : « *Il ressort de cette accélération du processus de révision que la matière première constitutionnelle évolue de manière significative et que, à tort ou à raison, la Constitution est devenue une norme juridique plus souple que la tradition l'enseignait. Sans s'apparenter à un texte de circonstance, elle a perdu son caractère de quasi-intangibilité* ».

pouvoirs publics ou la reconnaissance des droits en faveur des citoyens[1299], les deux objets principaux d'une règle de nature constitutionnelle.

S'agissant enfin des contradictions internes au texte même de la Constitution, l'exemple d'atteintes à la souveraineté de l'Etat compte tenu des engagements internationaux conclus par la France et des transferts de compétences impliquées, est connu[1300]. Toute la difficulté impliquée par cette évolution, et elle a été très bien soulignée par le Professeur Grewe au moment de la ratification du Traité de Maastricht[1301], renvoie à la conciliation des principes d'ores et déjà inscrits au sein du texte avec l'ensemble des dispositions nouvelles qui viennent enrichir de façon constante, la Constitution.

De la même façon, la rédaction du nouvel article premier de la Constitution au terme duquel « *la France est une République (...), son organisation est décentralisée*[1302] », symbolise la nécessaire conciliation de dispositions textuelles à la logique différente : l'indivisibilité de la République et l'autonomie des collectivités territoriales impliquée par la décentralisation. D'ailleurs, les révisions qui provoquent une conciliation nécessaire avec d'autres dispositions de la Constitution sont librement décidées par le pouvoir constituant. D'après le Conseil Constitutionnel en effet, la souveraineté du pouvoir constituant suppose « *qu'il lui est loisible d'abroger, de modifier ou de compléter des dispositions de valeur constitutionnelle dans la forme qu'il estime appropriée ; qu'ainsi rien ne s'oppose à ce qu'il introduise dans le texte de la Constitution des dispositions nouvelles qui, dans le cas qu'elles visent, dérogent à une règle ou à un principe de valeur constitutionnelle ; que cette dérogation peut être aussi bien expresse qu'implicite*[1303] ». Finalement, rien ne s'oppose à ce qu'une règle nouvelle déroge aux dispositions déjà inscrites au sein du texte.

[1299]Voir C. Byk, « La constitution, loi suprême de la Cité ou instrument du sacre de la bioéthique », *op.cit. : « dans cette conception classique, la Constitution n'est pas le lieu où s'affirme la place des sciences et des techniques. Bien que celles-ci influent avec certitude sur nos modes de vie et de pensée, elles relèvent, à l'instar de l'organisation économique, d'une autre logique, d'un autre espace, d'une autre histoire. Tenter de les mêler peut porter atteinte à l'idée que le corps social se fait de la loi constitutionnelle comme l'a montré le rejet en 2005 du projet de Constitution européenne par le peuple français, l'insertion dans ce texte de règles d'organisation du marché ayant été perçue comme étrangère à l'idée de Constitution* ». M. Byk ajoute « *le statut de la personne et l'organisation de la famille ne relèvent-ils pas d'un autre type de droit, le droit civil qui règle le quotidien de la vie des personnes sans nécessairement mettre en cause des rapports institutionnels ?* ».

[1300] Voir sur ce point, P. Pactet, « La désacralisation progressive de la Constitution de 1958 », *in La République, Mélanges Pierre Avril*, Paris, Montchrestien, 2001, p. 422 et suiv. Le Professeur Pactet relève, à propos du Traité de Maastricht, que soit on considère que « *les normes spéciales ne sauraient servir à établir des analogies et à étendre, par cet effet, leur rayonnement* », partant du principe que « *les anciennes dispositions constitutionnelles demeurent les règles générales ont valeur de principe* », soit on est obligé de constater que la Constitution consacre des normes antinomiques.

[1301] Voir C. Grewe, « La révision constitutionnelle en vue de la ratification du traité de Maastricht », *op. cit.*, p. 422. Voir également sur cet aspect, M. Fouquet-Armand, « Les révisions de la Constitution de 1958 : de la Ve à la VIe République ? », *RRJ*, 2001, n° 4, p. 1609 et suiv.

[1302] http://mjp.univ-perp.fr/france/co1958-0.htm

[1303] C. Constit, n° 92-312 DC du 2 septembre 1992, *Traité sur l'Union européenne*, Rec., p. 76.

C'est donc aujourd'hui un critère formel qui détermine ce qui est constitutionnel. Il n'y a plus d'objet constitutionnel mais simplement des domaines qui méritent une protection particulière et qui doivent bénéficier de la rigidité constitutionnelle compte tenu des nécessités politiques, juridiques ou sociales du moment.

Pour toutes ces raisons, le rôle d'interprète de la Constitution devient essentiel. A l'occasion d'un colloque relatif à la « *création du droit par le juge*[1304] », M. Canivet évalue l'étendue du pouvoir du juge en lien avec l'acte juridique qu'il est chargé d'appliquer à un cas d'espèce. Plus précisément, la clarté d'un texte juridique réduit la marge de manœuvre dont dispose le juge pour l'interpréter et un texte peu clair au contraire, suppose un part plus importante du création jurisprudentielle. Sous cet angle, relève M. Canivet, le juge dispose d'une liberté importante quand il s'agit d'appliquer la Constitution dans la mesure où les dispositions qu'elle contient, sont le plus souvent vagues et imprécises[1305]. Sur ce point, la pensée théorique du Professeur Michel Troper permet de considérer que quelles que soient les qualités du texte de la Constitution, clair ou obscur[1306], l'interprétation effectuée par le juge constitutionnel constitue toujours un acte de création du droit.

B/ Le Conseil constitutionnel, interprète de la constitution : un acte de volonté et de création libre du droit selon la « théorie réaliste » de l'interprétation

Le Professeur Olivier Cayla distingue deux stades pour permettre à une Constitution d'entrer véritablement en vigueur. D'une part « *l'écriture du texte*[1307] », c'est-à-dire la proclamation de la Constitution à la laquelle l'auteur n'attribue aucune valeur juridique effective et d'autre part, « *la lecture de la Constitution*[1308] » ou en d'autres termes, l'interprétation effectuée par les pouvoirs constitués une fois le régime institué. C'est seulement dans ce cadre, relève le

[1304] G. Canivet, « Activisme judiciaire et prudence interprétative, *in* J. Foyer, G. Canivet (Dir.), *La création du droit par le juge*, *op.cit.*, p. 7 et suiv.
[1305] *Ibid.*, p. 25 et suiv. Il ajoute, à ce propos, que cette marge de manœuvre est d'autant plus réelle que le juge constitutionnel est à l'abri de l'adoption d'une loi qui contredirait sa jurisprudence et que si le pouvoir constituant peut intervenir, la fréquence des révisions est limitée.
[1306] Sur le travail de l'interprète quand les dispositions constitutionnelles sont très générales ou complexes, voir, F. Hamon, M. Troper, *Droit constitutionnel*, 31e éd., Paris, LGDJ, 2009, p. 49 et suiv. Voir également, G. Drago, *Contentieux constitutionnel français*, 2e éd., Paris, PUF, 1998, p. 100 et suiv.
[1307] Voir O. Cayla, « L'obscure théorie du pouvoir constituant originaire ou l'illusion d'une identité souveraine inaltérable », *in L'architecture du droit, Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, p. 250 et suiv.
[1308] *Ibid.*, p. 261.

Professeur Cayla, que la Constitution devient une norme[1309]. Plaçant ainsi, les divers interprètes de la Constitution au cœur de la positivité des normes constitutionnelles, l'auteur accrédite l'une des thèses essentielles des tenants d'une théorie dite réaliste de l'interprétation en droit.

La question théorique de l'interprétation, selon les dires du Professeur Troper[1310], a longtemps été ignorée en droit constitutionnel. Pour l'expliquer, l'éminent auteur relève que cette problématique est intimement liée pour la doctrine dominante, à la question plus particulière de l'interprétation des textes par les juridictions[1311]. Aussi avec la création du Conseil constitutionnel, il n'y a plus véritablement de raison de couper le droit constitutionnel des apports des théories de l'interprétation[1312].

D'une façon générale, à partir de la pensée de Hans Kelsen, il est aujourd'hui admis par une partie de la doctrine, que la jurisprudence constitutionnelle constitue une source du droit[1313]. Plus précisément, il apparaît difficile aujourd'hui de nier que dans son travail d'interprétation de la constitution, le juge ne bénéficie pas, par voie de conséquence, d'un pouvoir de création du droit. Définie par Kelsen comme « *un processus intellectuel qui accompagne nécessairement le processus d'application dans sa progression d'un degré supérieur à un degré inférieur*[1314]», l'interprétation représente l'entreprise effectuée pour déterminer la signification d'un texte[1315].
Distinguant l'interprétation effectuée par les organes habilités à créer le droit ou à le faire respecter (les « *organes d'application du droit*[1316] »), et l'interprétation à visée scientifique

---

[1309] *Ibid.*, p. 262 : « *Autrement dit, c'est dans la lecture où l'application du texte constitutionnel par l'interprète, qu'à lieu la production effective de la norme constitutionnelle en tant que signification pragmatique de commandement : c'est la lecture qui constitutionnalise, et pas l'écriture du texte* ».
[1310] Voir M. Troper, « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle », *Recueil d'études en l'honneur de Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1977, p. 133.
[1311] *Ibid.*, p. 133 : « *la raison essentielle parait tenir aux idées les plus répandues, spécialement dans la doctrine privatiste, à propos de la nature et de l'objet de l'interprétation, conçue comme une activité principalement associée à la juridiction. Si interpréter, c'est déterminer le sens, il apparaît aux yeux de la plupart des auteurs que c'est lorsque le sens n'est pas clair, particulièrement lorsqu'il est contesté, qu'il y a lieu de procéder à l'interprétation. Celle-ci se trouve ainsi liée à la solution des litiges* ».
[1312] En ce sens, le Professeur Troper considère que « *la transposition de cette problématique est naturellement simple lorsqu'on envisage les systèmes comportant une juridiction constitutionnelle* ». *Ibid.*, p. 134.
[1313] Voir, not., sur ce point, A- M. Le Pourhiet, *Droit constitutionnel*, 3e éd., Paris, Economica, 2010, p. 68 : « *En interprétant la constitution, en choisissant tel sens à donner à une disposition plutôt que tel autre, le juge constitutionnel participe évidemment à l'élaboration des règles constitutionnelles* ». Voir également, D. Chagnollaud, *Droit constitutionnel contemporain*, 6e éd., t. 1, Paris, Dalloz, 2009, p. 94 et suiv.
[1314] Voir H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, (trad. Fr. 1962), Paris, LGDJ, p. 453.
[1315] Voir F. Hamon, M. Troper, *Droit constitutionnel*, 31e éd., Paris, LGDJ, 2009, p. 49 et suiv.
[1316] H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op.cit.*, p. 454.

entreprise par les juristes, Kelsen s'efforce de démontrer que si pour les premiers l'opération est un acte de volonté[1317], le travail des seconds correspond à un acte de connaissance[1318]. Par extension, l'acte de volonté est un acte dit « *authentique*[1319] », en ce sens qu'il crée du droit.

C'est à partir de cette grille de lecture que le Professeur Michel Troper construit une « *théorie réaliste de l'interprétation*[1320]».
L'un des apports essentiels de la théorie réaliste de l'interprétation consiste à identifier « *l'organe d'application du droit*[1321] » dont les juridictions font partie intégrante, à l'auteur de la règle de droit[1322]. Ainsi par exemple, en interprétant la Constitution[1323], le Conseil constitutionnel devient par là-même, pouvoir constituant. Véritable source de droit au-travers de l'interprétation d'un texte[1324], le Conseil constitutionnel[1325] est alors considéré par les Professeurs Hamon et Troper, comme le « *co-auteur de la constitution*[1326] ». C'est la raison pour laquelle relève le dernier, l'acte d'interprétation ne se distingue pas de la Constitution elle-même, « ***il n'existe aucune hiérarchie entre la Constitution et les décisions du Conseil constitutionnel***[1327] ».

Par ailleurs, dans son travail d'interprétation du droit, le juge constitutionnel ne serait lié par aucune norme[1328] alors qu'il crée deux normes[1329] : une norme de valeur constitutionnelle et

---

[1317] *Ibid.*, p. 460-461 : « *dans l'application du droit par un organe juridique, l'interprétation du droit à appliquer, par une opération de connaissance, s'unit à un acte de volonté par lequel l'organe applicateur de droit fait un choix entre les possibilité révélées par l'interprétation à base de connaissance* ».
[1318] *Ibid.*, p. 461 : « *par cet acte de volonté, l'interprétation juridique par les organes d'application du droit se distingue de toute autre interprétation, en particulier de l'interprétation du droit par la science juridique* ».
[1319] *Ibid.*, p. 461 et suiv.
[1320] Voir F. Hamon, M. Troper, *Droit constitutionnel*, *op.cit.*, p. 51 et suiv. Sur ce point, voir O. Jouanjan, « Une interprétation de la théorie réaliste de Michel Troper », *Droits*, 2003, n° 37, p. 31 et suiv.
Sur l'interprétation, proprement dite, voir S. Rials, « La démolition inachevée. Michel Troper, L'interprétation, le sujet et la survie des cadres intellectuels du positivisme néoclassique », *Droits*, 2003, n° 37, p. 49 et suiv.
[1321] H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op.cit.*, p. 454.
[1322] F. Hamon, M. Troper, *Droit constitutionnel*, *op.cit.*, p. 53.
[1323] S'agissant du seul droit constitutionnel, voir M. Troper, « L'interprétation constitutionnelle », *in* F. Mélin-Soucramanien (Dir.), *L'interprétation constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2005, p. 13 et suiv.
[1324] Voir, sur ce point, R. Guastini, « Michel Troper sur la fonction juridictionnelle », *Droits*, 2003, n° 37, p. 111 et suiv.
[1325] Sur le Conseil constitutionnel, voir P. Avril, « La jurisprudence institutionnelle du Conseil constitutionnel est-elle créatrice de droit ? », *in* J. Foyer, G. Canivet (Dir.), *La création du droit par le juge*, *APD*, 2007, p. 33.
[1326] F. Hamon, M. Troper, *Droit constitutionnel*, *op.cit.*, p. 58. Voir également M. Troper, « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle », *op.cit.*, p. 147 : « *D'une manière plus générale, on peut affirmer que tout tribunal compétent pour annuler une norme pose une norme de même niveau que celle qu'il annule ou valide, mais qu'en même temps, il est amené à interpréter, donc à refaire la norme de niveau immédiatement supérieur et qu'il doit pour cela se fonder sur une troisième norme supérieure à la précédente* ».
[1327] Voir M. Troper, « Justice constitutionnelle et démocratie », *RFDC*, 1990, n° 1, p. 37.
[1328] Voir A. Werner, « Le conseil constitutionnel et l'appropriation du pouvoir constituant », *Pouvoirs*, 1987, p. 117 et suiv.

une autre, de nature législative[1330]. Cela signifie que le juge est libre dans son travail d'interprétation, il dispose de toute latitude pour déterminer le sens de telle ou telle norme[1331].
Sur ce dernier point, à propos des instruments de contrôle mobilisés par un tribunal constitutionnel afin d'évaluer la constitutionnalité d'un acte, Hans Kelsen interroge la pertinence d'utiliser dans l'interprétation de la Constitution, un certain nombre de valeurs dérivées du juste, de la liberté ou de la moralité[1332]. Il s'agirait d'admettre, en d'autres termes, que les règles de droit liant le législateur soient interprétées à la lumière de ces valeurs.
Kelsen n'admet pas cette possibilité. Pour lui, il apparaît impossible de déterminer précisément ce que recouvrent ces règles extérieures au droit positif et surtout à supposer qu'il soit possible de les matérialiser, elles laisseraient une marge de manœuvre et un pouvoir d'interprétation de la constitution, totalement inadmissible[1333]. Ainsi, quand la constitution prévoit des dispositions qui font appel à la notion de « *justice* », de « *liberté* » ou d'« *égalité* », il ne s'agit pas de permettre au juge de déterminer souverainement quel sens donner à ces notions[1334]. C'est la raison pour laquelle, l'éminent auteur relève, pour parer à ce genre de danger, que « *la Constitution doit, surtout si elle crée un tribunal constitutionnel, s'abstenir de ce genre de phraséologie*[1335] ».

Il est vrai que la théorie de la liberté totale d'interprétation du juge, développée par le Professeur Troper, comporte un part de risque qui tendrait à considérer que le droit se crée et se modifie selon le seul bon vouloir des juges. Cet aspect induit, en dernière analyse, la question de savoir s'il existe des limites, ce que l'auteur appelle des « *contraintes*[1336]», capables de lier le juge dans son travail d'interprétation. Dans ce cadre, le Professeur Troper évoque deux types de contraintes, les « *contraintes au sens fort*[1337] » et les « *contraintes au*

[1329] Voir M. Troper, « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle », *op.cit.*, p. 147. Le Conseil constitutionnel est à la fois « *législateur et constituant* ».
[1330] *Ibid.*, p. 147.
[1331] Voir M. Troper, « Une théorie réaliste de l'interprétation », *in* O. Jouanjan (Dir.), *Dossiers. Théories réalistes du droit*, Annales de la Faculté de droit de Strasbourg, Strasbourg, PUS, 2000, p. 51 et suiv.
[1332] Voir H. Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la Constitution », *RDP*, 1928, p. 239 et suiv.
[1333] *Ibid.*, p. 241 : « *la limite entre ces dispositions et les dispositions traditionnelles sur le contenu des lois que l'on trouve dans les Déclarations des droits individuels s'effacera facilement, et il n'est dès lors pas impossible qu'un tribunal constitutionnel appelé à décider de la constitutionnalité d'une loi l'annule pour le motif qu'elle est injuste, la justice étant un principe constitutionnel qu'il doit par conséquent appliquer. Mais la puissance du tribunal serait alors telle qu'elle devrait être considérée comme simplement insupportable* ».
[1334] On sait par extension, que Kelsen réfute l'idée de lacune dans le droit. Sur ce point, il considère que l'ordre juridique fournit toujours au juge, une forme juridique générale lui permettant de trancher un litige. Voir sur ce point, H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2e éd., édition française, Paris, Dalloz, 1962, p. 329 et suiv.
[1335] H. Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la Constitution », *op.cit.*, p. 241.
[1336] Voir, sur ce point, M. Troper, « La liberté d'interprétation du juge constitutionnel », *in* P. Amselek (Dir.), *Interprétation et droit*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 235 et suiv.
[1337] *Ibid.*, p. 243.

sens faible[1338] ». S'agissant des premières, il s'agit de règles qui prescrivent un certain comportement et c'est dans l'observation de ces prescriptions qu'elles sont effectivement identifiées. Pour autant, le Professeur Troper relève qu'aucune règle de ce genre ne concerne l'interprétation des juges. Seules donc des « *contraintes faibles* » peuvent effectivement lier le juge. Sous ce vocable, le Professeur Troper entend à titre principal, les règles qui déterminent l'organisation d'une juridiction et qui ont une influence sur son comportement. Notamment, il prend l'exemple de la collégialité qui implique qu'un magistrat en particulier, peut s'efforcer d'influencer les autres membres dans un sens particulier d'interprétation du droit[1339].

Finalement, relève le Professeur Troper, c'est sans doute le sentiment éprouvé par le juge, de contribuer à garantir la stabilité des règles et une relative prévisibilité envers les destinataires qui permet de tempérer la liberté d'interprétation des juges. Pour ce qui est du juge constitutionnel par exemple, il prend en compte le fait que sa légitimité pourrait être mise en cause en cas d'interprétations toujours différentes et surtout, il doit toujours contribuer à permettre au législateur de bénéficier d'un cadre juridique constitutionnel relativement stable dans son travail d'élaboration des lois[1340]. De façon synthétique, le Professeur Troper considère que « *si le juge est libre de modifier la jurisprudence à tout moment, ce n'est pas de son intérêt*[1341] » et que « *le pouvoir du juge est à mesure de sa modération*[1342] ». Alors que tout argument théorique ou juridique est rejeté par le Professeur Troper quant à d'éventuelles contraintes qui pèsent sur la libre interprétation du juge, il admet néanmoins des aspects pratiques en faveur d'une certaine modération.

Par conséquent, la doctrine dispose aujourd'hui d'une source, la jurisprudence du Conseil constitutionnel, à même de lui permettre d'adapter les principes généraux du droit constitutionnel aux réalités du phénomène constitutionnel contemporain.

[1338] *Ibid*.
[1339] Pour un détail précis de ces contraintes dites faibles, voir M. Troper, « La liberté d'interprétation du juge constitutionnel », *Ibid.*
[1340] *Ibid.*, p. 245.
[1341] *Ibid*.
[1342] *Ibid*.

§2/ La jurisprudence, source de reconsidération théorique des principes généraux du droit constitutionnel

En pratique, la pensée théorique du Professeur Michel Troper trouve des échos. Notamment, une analyse des débats lors de l'élaboration de la récente loi sur la décentralisation montre que les auteurs entendent placer le Conseil constitutionnel une fois la loi entrée en vigueur, au cœur de la conciliation effective des principes essentiels qui permettent de donner valeur opératoire à l'organisation décentralisée de la République (A).
Ainsi, à partir du moment où le droit permet l'arbitrage ultérieur des principes généraux du droit positif par le juge, cela renvoie par voie de conséquence, au potentiel enrichissement des principes généraux du droit constitutionnel au travers d'une synthèse de la jurisprudence créatrice du Conseil constitutionnel (B).

A/ La volonté du législateur de placer le Conseil constitutionnel au cœur de l'interprétation de la loi constitutionnelle : l'exemple d'un rôle d'arbitre des différents principes du droit constitutionnel de la décentralisation

Depuis les années 1980, le droit de la décentralisation évolue régulièrement vers davantage d'autonomie au profit des collectivités territoriales. Consacrée en termes généraux par la Constitution, notamment son article 1er qui prévoit que « *La France est une République indivisible* » mais que « *son organisation est décentralisée*[1343]», la réalité du droit de la décentralisation est réalisée par une juste conciliation entre ces différents principes et c'est dans leur mise en œuvre pratique, que les facettes réelles de l'autonomie locale apparaissent. Précisément sur ce point, une partie de la doctrine considère très tôt, qu'il revient au Conseil constitutionnel de préciser le sens de tel ou tel principe clef relatif à l'organisation des relations entre l'Etat et les collectivités territoriales, dès lors que la Constitution ne livre aucune définition précise[1344]. Certains auteurs vont même jusqu'à remettre entre les mains du juge constitutionnel, la charge de repenser dans sa généralité, le cadre des relations entre

[1343] Voir le texte de la Constitution, disponible sur le site du Conseil constitutionnel à l'adresse suivant : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-du-4-octobre-1958/acces-par-titres.5110.html
[1344] Voir, par exemple, L. Favoreu, « Décentralisation et Constitution », *RDP*, 1982, p. 1268.

l'Etat et les collectivités territoriales[1345]. De façon significative par exemple, Louis Favoreu relève que si, à l'occasion des décisions du 25 février 1982[1346], les saisissants avaient soulevé davantage de griefs d'inconstitutionnalité, le juge aurait pu faire œuvre de « *Traité*[1347]» sur la décentralisation[1348].

Loin de constituer une vision surestimée du rôle susceptible d'être joué en la matière par le Conseil constitutionnel, l'attribution d'un rôle d'arbitre entre les différents principes impliqués par la décentralisation est confirmée de façon empirique, au travers de la volonté du législateur constituant lors de l'élaboration de la loi du 28 mars 2003 relatif à l'organisation décentralisée de la République[1349]. Précisément, à l'occasion des débats parlementaires sur le

---

[1345]*Ibid.*, p. 1268 : « ***Certes ces décisions auraient pu être un vrai un traité si toutes les questions en suspens avaient été posées au Conseil constitutionnel*** ».

[1346] Voir C. Constit, n° C. Constit, n° 82-137 DC du 25 février 1982, *Loi relative à la liberté des communes, des départements et des régions*, Rec., p. 38 ; C. Constit, n° 82-138 DC du 25 février 1982, *Loi portant statut particulier de la région de Corse*, Rec., p. 41.

Il ressort essentiellement de la première décision, que le principe de légalité suppose à la fois le respect par le législateur des règles constitutionnelles de répartition des compétences et le respect des règles relatives à l'indivisibilité et à l'intégrité du territoire.

Les dispositions législatives ayant pour objet de réglementer la décentralisation doivent donc toujours s'inscrire dans le cadre de l'Etat unitaire, étalon d'évaluation de l'autonomie des collectivités territoriales. Pour cette raison, si le législateur peut préciser les conditions d'exercice de la libre administration des collectivités territoriales, celui-ci ne peut pas porter atteinte aux garanties constitutionnelles de l'indivisibilité[1346]. Les dispositions législatives prévoyant un contrôle administratif des actes des collectivités, afin d'assurer la sauvegarde des intérêts nationaux, s'inscrivent dans ce cadre.

L'application de ces principes apparaît à l'occasion de l'examen de la loi relative à la Corse[1346]. En effet, les saisissants considèrent que cette loi, en prévoyant un statut particulier pour la Corse, comporte des risques évidents de rupture de l'unité du territoire national et est en ce sens, contraire au principe d'indivisibilité de la République.

Alors que le juge s'est contenté d'énoncer qu'aucune disposition législative ne permet de considérer qu'il y a une atteinte à l'indivisibilité de la République ou à l'intégrité du territoire, les commentateurs de cette décision ont pu y voir l'idée selon laquelle, la partage des compétences entre l'Etat et les collectivités territoriales s'arrête à la décentralisation administrative.

De fait, le principe d'indivisibilité s'oppose au transfert du pouvoir de décision politique ou d'un pouvoir normatif propre.

[1347] Voir L. Favoreu, « Décentralisation et Constitution », *op.cit.*, p. 1268 : Voir, également, p. 1275 :« *Les décisions du Conseil constitutionnel du 25 février 1982 et celles qui ne manqueront pas d'intervenir prochainement à propos des autres lois, vont faire prendre conscience que le droit des collectivités locales a des bases constitutionnelles importantes et qu'un chapitre doit lui être réservé dans l'étude du droit constitutionnel* ».

[1348] Par extension, le développement de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, en la matière, permet d'intégrer dans l'étude du droit constitutionnel, celui de la décentralisation.

Ibid., p. 1275 : « *au moment où le débat s'est instauré devant le Parlement et dans le pays, faisaient singulièrement défaut les études doctrinales susceptibles de le nourrir. En fait, l'examen de cette question sous l'angle constitutionnel n'est plus fait, depuis longtemps, sinon sous l'aspect théorique et sans lien avec le droit positif français. L'étude des collectivités locales était jusqu'ici abordée en droit administratif, en science administrative ou en science politique, voire en finances* ». Voir par ailleurs, V. Constantinesco, S. Pierré-Caps, *Droit constitutionnel*, 2e éd., Paris, PUF, coll. Thémis, 2006, p. 536 : « *La décentralisation fut pendant très longtemps l'impensé constitutionnel français pour cause d'incompatibilité avec le dogme d'une République proclamée, dès sa naissance, comme monolithique* ».

[1349] Voir Loi n° 2003-276 du 28 mars 2003, relative à l'organisation décentralisée de la République, JO du 28 février 2003, p. 3545.

projet de loi constitutionnelle, est largement discutée l'opportunité de modifier l'article 1er de la Constitution. Plus précisément, faut-il ajouer aux principes d'indivisibilité, de laïcité, d'égalité, d'Etat démocratique et social, celui de la décentralisation ?

Classiquement, la discussion oppose la majorité gouvernementale porteur du projet et l'opposition, peu favorable à la nouvelle rédaction. Pour l'essentiel, l'opposition fait valoir trois groupes d'arguments à l'encontre du projet.
D'abord, elle considère que les termes mêmes de la révision ne rentrent pas dans l'objet de l'article 1er de la Constitution. Consacrant les grands principes de la République, il ne permettrait pas d'y inclure un principe d'organisation administrative[1350]. En ce sens, M. Chassaigne met dos à dos l'objet de l'article 1er de la Constitution, « *les grands principes politiques et philosophiques qui fondent l'identité de la nation française*[1351] », et le principe de la décentralisation, qui, selon ses dires, « *est un principe d'organisation administrative, parfaitement légitime à nos yeux, mais qui ne peut revêtir la même valeur, la même force que les principes fondamentaux de la République, qui fondent le contrat politique et social entre les citoyens*[1352] ».

Le second groupe d'arguments consiste à dénoncer les termes mêmes du projet qui seraient beaucoup trop vagues. Notamment, on interroge l'étendue de la notion d' « *organisation décentralisée* ». Cette formule, en d'autres termes, implique-t-elle que la République dans son ensemble (l'ensemble des institutions qui concourent à son fonctionnement) doit être

[1350] Voir l'intervention de M. Vuilque lors de la première séance à l'Assemblée Nationale le jeudi 21 novembre 2002: « *Monsieur le garde des sceaux, cet article 1er est l'un des plus importants, voire l'article essentiel de votre projet de loi constitutionnel puisqu'il traduit votre volonté politique d'introduire le principe de la décentralisation dans la Constitution.*
Vous n'avez pas choisi d'introduire ce principe n'importe où puisque vous voulez l'inscrire dans l'article 1er de notre loi fondamentale, texte dont tous les termes sont extrêmement importants. Je le rappelle : « La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens, sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances.
La rédaction de cet article est le fruit de toute notre histoire politique. Elle trouve sa source dans l'universalisme des Lumières, dans la Révolution de 1789 et dans celle de 1848, dans la Commune, dans la Libération avec les principes réaffirmés par les constituants de 1946. Il est le produit du mouvement de l'histoire qui a consacré la liberté, la laïcité et qui a fondé notre citoyenneté. Il s'agit d'un texte fort, qui a une grandeur, une noblesse, une solennité républicaine ». Voir sur le site « *légifrance* » l'entrée « *dossier législatif* » à propos de la loi n° 2003-276 du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République à l'adresse suivante : http://www.assemblee-nationale.fr/12/cri/2002-2003/20030072.asp#TopOfPage.
[1351] Intervention de M. Chassaigne lors de la 2e séance du 21 novembre 2002 : http://www.assemblee-nationale.fr/12/cri/2002-2003/20030073.asp#TopOfPage
[1352] *Ibid*.

décentralisée ? Le Parlement doit-il être décentralisé ? Le Chef de l'Etat doit-il être décentralisé ?[1353]

Enfin, et il s'agit du troisième groupe d'arguments, le projet de révision introduirait, pour l'opposition, une contradiction évidente et très préjudiciable entre la République indivisible et le principe de décentralisation. Intitulé comme tel, l'article 1er de la Constitution contient, pour reprendre les termes de M. Balligant, un « *risque de télescopage de normes*[1354] ».

De l'ensemble de ces griefs, il est possible d'induire un élément commun. Dans la mesure où l'on ne sait pas vraiment si le principe de décentralisation est un principe d'organisation administrative, quelle est vraiment l'étendue des exigences liées à la décentralisation et comment concilier l'indivisibilité avec la décentralisation, on s'inquiète dans les rangs de l'opposition de l'interprétation de ces nouvelles dispositions par le Conseil constitutionnel. Plus précisément, à partir des incertitudes que soulève ce texte, c'est la liberté de l'interprète qui est manifestement la plus à craindre. « *Selon que le Conseil constitutionnel sera jacobin ou fédéraliste* », souligne, par exemple, M. Charasse, « *le visage de la République sera une chose ou une autre*[1355] ». Dans le même sens, M. Vuilque indique que « ***cette rédaction pourrait conduire le Conseil constitutionnel à accepter que le principe de décentralisation prévale sur les autres principes affirmés à l'article 1er. C'est un danger réel et il ne serait pas acceptable que l'organisation décentralisée se fasse, notamment, au détriment du principe d'égalité***[1356] ». Il ajoute afin de préciser sa pensée : « *Imaginez demain qu'une décision remette en cause la laïcité et le principe de neutralité et d'égalité en matière*

[1353] Voir l'intervention de M. Queyranne, *Ibid* : « *La rédaction proposée est, de plus, symbolique de la confusion entretenue. L'article 1er stipule que la République est unitaire, parce qu'indivisible. Les pouvoirs publics ne peuvent donc être décentralisés : ni le Parlement, ni le pouvoir exécutif ne sont décentralisés. L'organisation administrative de l'Etat ne peut être décentralisée ; elle est déconcentrée. Seules les collectivités territoriales peuvent être organisées selon un principe de décentralisation territoriale. A la rigueur, vous auriez pu proposer de compléter l'article 1er de la Constitution par la phrase suivante : « Son organisation territoriale - il s'agit de celle de la République - est décentralisée ». En tout cas, il n'est pas possible de s'en tenir à celle du projet de loi - « Son organisation est décentralisée » - qui constitue un non-sens* ». Dans le même sens, voir l'intervention de M. Vuilque, *Ibid.* : « *Ensuite cet article est mal rédigé parce qu'il est impossible de considérer que l'organisation de la République doit être dans sa totalité, décentralisée. En effet le Gouvernement, le Parlement, l'organisation judiciaire, le Président de la République, qui font tous partie de la République, ne sont pas décentralisés pour autant. Il en va de même pour l'Etat, dont l'organisation territoriale procède de la déconcentration et non de la décentralisation* ».

[1354] Voir l'intervention de M. Balligant séance du 21 novembre 2002, *Ibid*.

[1355] Voir l'intervention de M. Charasse lors de la séance du 30 octobre 2002 au Sénat. Voir également l'intervention de Mme Royale : « *Ce n'est pas acceptable, car cela pourrait conduire le Conseil constitutionnel à autoriser que le principe de décentralisation prévale sur les autres principes de l'article 1er* » : http://www.senat.fr/seances/s200210/s20021030/s20021030_mono.html#chap8

[1356] Voir séance du 30 octobre 2002 au Sénat, *Ibid.*

d'enseignement, par exemple. Quels principes privilégiera le Conseil constitutionnel ? Ceux de laïcité et d'égalité ou celui de décentralisation protégeant la libre administration des collectivités locales ? Le risque n'est pas nul, car on ne sait jamais ce qui peut se passer. Cette rédaction est donc pour le moins hasardeuse puisque le juge constitutionnel va devoir hiérarchiser les principes constitutionnels[1357] ». Enfin, pour un dernier exemple, M. Dosière suggère que le problème central vient des lacunes du texte proposé : « ***le maintien de cette formule à l'article 1er serait dangereux car cela donnerait au Conseil constitutionnel un pouvoir d'interprétation souverain, faute pour le Parlement d'avoir clarifié sa position***[1358] ».

Tout l'intérêt de la discussion parlementaire est donc de constater qu'à l'occasion d'échanges sur la décentralisation qui mettent en cause le rôle des principes énoncés à l'article 1er, une éventuelle hiérarchie entre les principes de la Constitution ou le sens des mots choisis, c'est également et surtout autour du rôle de l'interprète de la Constitution que les arguments convergent. Le manque de clarté du texte dénoncé par l'opposition, donnerait trop de liberté au Conseil constitutionnel[1359].

En réponse, la ligne de défense du Gouvernement consiste à mobiliser les mêmes arguments mais en les utilisant de façon positive.

En modifiant l'article 1er de la Constitution, le pouvoir constituant dérivé a inscrit la décentralisation au cœur des principes essentiels de la République française. Au-delà de la place symbolique accordée dorénavant à la décentralisation, le Gouvernement souhaite sciemment placer le principe de la décentralisation, à côté du principe traditionnel d'indivisibilité de la République. Il s'agit de mettre dos à dos deux principes qui nécessitent une conciliation, la préservation du caractère unitaire de l'Etat et une promotion croissante de la décentralisation.

Sur ce point, le Gouvernement considère qu'en dotant de la même valeur juridique ces principes, il renvoie volontairement à la jurisprudence le soin de déterminer les contours réels de la décentralisation. En ce sens par exemple, M. Perben relève qu'au sein de la

---

[1357] *Ibid.*

[1358] Voir l'intervention de M. Dosière lors de la 2e séance du 21 novembre 2002 : http://www.assemblee-nationale.fr/12/cri/2002-2003/20030073.asp#TopOfPage

[1359] Voir l'intervention de M. Vuilque lors de la 2e séance du 21 novembre 2002, *Ibid.* : « *Nous sommes convaincus que les précisions que nous voulons introduire sont particulièrement utiles et qu'elles éviteraient une interprétation qui pourrait être faite par le Conseil constitutionnel* ».

« ***Constitution, un certain nombre de principes, en apparence contradictoires, peuvent être juxtaposés. C'est l'équilibre entre ces principes qui, en fonction de la vision que l'on se fait de l'intérêt général, détermine ensuite la jurisprudence du Conseil constitutionnel***[1360] ». De la même façon, M. Branger, lors de la discussion du projet de loi constitutionnelle au Sénat, traduit la volonté du Gouvernement et confirme le rôle ultérieur du Conseil constitutionnel. Il relève, « *C'est pourquoi, en incluant dans la Constitution, au même niveau que les autres principes fondateurs, c'est-à-dire à l'article 1er, le principe selon lequel l'organisation de la République est décentralisée, je suis certain que non seulement nous respecterons l'esprit dont le Gouvernement a entendu doter ce texte fondamental, mais encore nous permettrons au Conseil constitutionnel de poursuivre son œuvre d'appui à la décentralisation, en lui fournissant un socle étendu de principes équivalents, dont il pourra contrôler la mise en oeuvre dans les futures lois qui viendront compléter - avec beaucoup de précision, je l'espère, car c'est indispensable - le dispositif législatif que nous nous apprêtons à voter*[1361] ».

Par conséquent, l'analyse des débats parlementaires démontre le rôle essentiel du Conseil constitutionnel dans l'interprétation des mots de la Constitution et la place de la jurisprudence dans la définition d'un Etat unitaire décentralisé. Si le législateur constituant entend placer le Conseil constitutionnel au cœur de l'interprétation de la Constitution, la doctrine, quant à elle, relaie également le rôle clef de la juriprudence en droit constitutionnel contemporain.

B/Le défi de l'enrichissement des principes théoriques par la jurisprudence constitutionnelle

Chargée de garantir la protection effective des droits et libertés, la jurisprudence du Conseil constitutionnel est aujourd'hui largement diffusée et commentée au sein de la littérature doctrinale, au point même de s'étendre aux autres branches du droit (1). Souvent cantonné au commentaire des décisions du juge, le travail doctrinal à partir de la jurisprudence, est néanmoins susceptible de prétendre à des démarches plus synthétiques et conceptuelles (2).

[1360] 2e séance du 21 novembre 2002, *Ibid*.
[1361] Voir séance du 30 octobre 2002 à l'adresse suivante :
http://www.senat.fr/seances/s200210/s20021030/s20021030_mono.html#chap8

1/ La diffusion analytique de la jurisprudence constitutionnelle

Accédant au rang de « *vrai droit* » depuis la création du Conseil constitutionnel (un manquement aux règles de droit provoque dorénavant une sanction juridictionnelle), le droit constitutionnel est encore, considéré par une partie de la doctrine comme le « *premier droit* ». Tout comme la Constitution au sein de la hiérarchie des normes, la discipline chargée de l'étudier constitue celle à partir de laquelle découlent les autres branches du droit. En ce sens, le Professeur Dominique Rousseau considère qu' « *aucune discipline juridique ne peut aujourd'hui être enseignée sans que soient énoncés les principes constitutionnels qui la fonde*[1362] ». Plus précisément, sous l'effet de la jurisprudence, les règles de droit constitutionnel deviennent le réceptacle de l'ensemble des droits et libertés et en ce sens, concentrent les principes directeurs de la plupart des disciplines juridiques.
Ainsi dans le prolongement du rattachement du droit administratif au droit constitutionnel proposé par Georges Vedel dans les années 1950[1363], on pourrait aujourd'hui parler des bases constitutionnelles du droit des collectivités territoriales, du droit pénal, du droit civil ou encore du droit commercial[1364].

Identifié par la doctrine comme le phénomène de la « *constitutionnalisation des branches du droit*[1365] », cet aspect signifie que l'ensemble des branches du droit ont dorénavant pour fondement les règles de droit constitutionnel, mais aussi qu'elles sont susceptibles d'évoluer à la suite de l'enrichissement de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. De façon appliquée et pour s'en convaincre, il suffit de consulter les manuels de droit pour constater qu'ils reconsidèrent pour la plupart les sources du droit et accordent une place de choix au droit constitutionnel.
Par exemple, si la Constitution de 1958 ne comporte que peu de dispositions s'agissant du droit de la fonction publique[1366], « *la jurisprudence du Conseil constitutionnel a révélé que le « bloc de constitutionnalité », plus largement, recelait en réalité de nombreux principes*

[1362] D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, 8e éd., Paris, Monchrestien, 2008, p. 461.
[1363] Voir G. Vedel, « Les bases constitutionnelles du droit administratif », *EDCE*, 1954, n° 8, p. 21.
[1364] Pour une analyse de la constitutionnalisation de chaque branche du droit sous l'effet de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, Voir D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p. 461 et suiv.
[1365] Voir L. Favoreu, « Le droit de constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit », *RFDC*, 1990, n°1, p. 71. Voir par ailleurs, J. Pellissier, A. Suppiot, A. Jeammaud, *Droit du travail*, 24e éd., Paris, Dalloz, 2008, p. 67. Les auteurs citent un certain nombre d'exemples dans lesquels la Cour de cassation intègre les normes constitutionnelles à l'occasion de son contrôle et parle du « *droit constitutionnel de grève ou du principe constitutionnel de la liberté du travail* ».
[1366] Voir par exemple, l'article 15 ou 21 sur la compétence du Président de la République ou du Premier ministre pour la nomination à certains emplois ou l'article 64 relatif aux garanties accordées à certains magistrats.

intéressant la fonction publique[1367] ». Pour le droit administratif général, les Professeurs Frier et Petit voient dans la norme constitutionnelle, « *la source première du droit administratif*[1368] ». En droit de la sécurité sociale encore, « *le droit français est coiffé par les principes supérieurs qui se dégagent, à travers la jurisprudence du Conseil constitutionnel, de ce qu'il est convenu d'appeler « le bloc de constitutionnalité*[1369] ». Enfin, le développement de la jurisprudence constitutionnelle influence le droit civil même si certains auteurs semblent le déplorer, notamment du fait d'un rapprochement entre les notions de « *droit subjectif* » et celle de « *liberté publique*[1370] ».

Parallèlement, l'influence du Conseil constitutionnel se mesure également au sein de chaque discipline, à propos de domaines plus particuliers. Ainsi par exemple, lorsqu'il est saisi d'une loi approuvant une convention fiscale entre l'Etat et la Nouvelle-Calédonie, le juge est amené à donner des précisions importantes en matière de contrat administratif[1371]. Après avoir précisé que la Constitution ne s'oppose pas à la conclusion d'un contrat entre deux personnes publiques, en l'occurrence entre l'Etat et une collectivité territoriale[1372], le Conseil constitutionnel est encore explicite quant à l'objet de ces conventions. Il peut s'agir, comme c'est le cas en l'espèce, « *d'harmoniser l'action des administrations respectives de l'Etat* [1373]» mais plus généralement, de tels contrats peuvent avoir un objet quelconque dès lors qu'il se rattache à une compétence reconnue par la loi ou la Constitution à ces collectivités[1374].

[1367] J-M. Auby, J-B. Auby, D. Jean-Pierre, A. Taillefait, *Droit de la fonction publique*, 4e éd., Paris, Dalloz, 2002, p. 42. Voir par ailleurs, L. Favoreu, « Les sources du droit de la fonction publique territoriale », *RFDA*, 1985, p. 309. M. Favoreu cite par exemple, l'égalité d'accès aux emplois publics, l'égalité de traitement dans le déroulement de la carrière, l'exclusivité d'accès des citoyens aux emplois publics, l'égalité entre hommes et femmes, la liberté d'opinion, la liberté syndicale ou le droit de grève, etc.

[1368] P-L. Frier, J. Petit, *Précis de droit administratif*, 5e éd., Paris, Montchrestien, 2008, p.39.

[1369] J-J. Dupeyroux, M. Borgetto, R. Lafore, R. Ruellan, *Droit de la sécurité sociale*, 15e éd., Paris, Dalloz, 2005, p.370.

[1370] F. Terré, D. Fenouillet, *Droit civil*, 7e éd., Paris, Dalloz, 2005, p. 3 : « *Si cela ne devait concerner que des politologues, voire quelques constitutionnalistes dans le vent, imbus de leur spécialité et jaloux de leurs problématiques, il n'y aurait pas grand dommage. Mais on ne saurait négliger le fait que tout le droit des personnes et de la famille a été affecté par ce mouvement dont les origines sont internationales et dont l'influence consiste à exalter sans cesse la personne et à développer sous son pavillon un individualisme exacerbé* ».

[1371] C. Constit, n°83-160 DC du 19 juillet 1983, Rec., p. 43.

[1372] *Ibid* : « *Aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle ne s'oppose à ce que l'Etat passe des conventions avec les diverses collectivités territoriales de la République telles que les communes, les départements, les régions et les territoires d'outre-mer* ».

[1373] *Ibid.*

[1374] *Ibid.* : « *Considérant que, de même, aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle ne s'oppose à ce que de telles conventions aient pour objet d'harmoniser l'action des administrations respectives de l'Etat, d'une part, et des collectivités territoriales, d'autre part, dans l'exercice des compétences qui leur sont dévolues en vertu de la Constitution et de la loi* ».

Dans le même sens, le Conseil constitutionnel, à l'occasion de l'examen d'une loi modifiant le code du travail, est conduit à se prononcer sur le régime juridique de l'action en justice d'un syndicat en faveur des salariés[1375]. Conformément à la compétence du législateur, sur le fondement de l'article 34 de la Constitution pour déterminer les principes fondamentaux du droit du travail et du droit syndical, ce dernier peut prévoir la représentation en justice d'un syndicat en faveur de leurs adhérents ou de membres d'un groupe social, dont le syndicat estime devoir assurer sa défense[1376]. De telles prérogatives, considère le Conseil, doivent concilier à la fois la liberté du salarié et la liberté syndicale. Pour cette raison le législateur doit prévoir que l'intéressé ait pu donner son accord pour la représentation de ses intérêts par le syndicat, comme la possibilité de mettre un terme à cette action.

Dès lors, malgré ce phénomène de constitutionnalisation qui vise au fond à unifier le droit autour de racines constitutionnelles communes, la découverte progressive de principes qui renforcent la préservation des droits et libertés[1377], entame par là même la stabilité et la prévisibilité des règles. Davantage, les apports de la jurisprudence sont répartis entre les disciplines juridiques et pour ce qui est du droit constitutionnel, à l'appui d'objets divers et variés.

2/ Repenser les soubassements des principes généraux du droit constitutionnel au travers des apports de la jurisprudence

Dans la plupart des manuels contemporains pour le moment, la prise en compte de la jurisprudence est intégrée le plus souvent à la partie factuelle et descriptive. Précisément, c'est dans la partie relative au droit de la Ve République, la dernière partie des ouvrages, que les apports de la jurisprudence sont analysés. Ainsi par exemple, lors de l'examen du processus

[1375] C. Constit., n°89-257 DC du 25 juillet 1989, Rec., p. 59.

[1376] « *Considérant qu'aux termes du sixième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, auquel se réfère le Préambule de la Constitution de 1958, « tout homme peut défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale et adhérer au syndicat de son choix » ; que la réaffirmation par ces dispositions de la liberté syndicale ne fait pas obstacle à ce que le législateur, compétent en vertu de l'article 34 de la Constitution pour déterminer les principes fondamentaux du droit du travail et du droit syndical, confère à des organismes syndicales des prérogatives susceptibles d'être exercées en faveur aussi bien de leurs adhérents que des membres d'un groupe social dont un syndicat estime devoir assurer la défense* ».

[1377] Voir sur ce point la pensée de M. le Professeur Dominique Rousseau. D. Rousseau, « Les transformations du droit constitutionnel sous la Ve République », *RDP*, 1998, p. 1780.; D. Rousseau, « Une résurrection : la notion de Constitution », *RDP*, 1990, p. 5 ; D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, 8e éd., Paris, Monchrestien, 2008, 544 p.

de décentralisation, les Professeurs Constantinesco et Pierré-Caps insistent sur la protection par le Conseil constitutionnel du principe d'indivisibilité de la République et des conséquences juridiques qui découlent de ce principe[1378], mais également de l'ensemble des mécanismes qui permettent aujourd'hui de préserver l'autonomie des collectivités territoriales et la libre administration[1379]. De la même façon, en interrogeant le système de la hiérarchie des normes sous la Ve République, le Professeur Chantebout consacre une section intitulée « *les transformations opérées par la jurisprudence*[1380] » sous l'angle de la répartition des compétences entre le Gouvernement et le Parlement. Enfin, pour un dernier exemple, le Professeur Le Pourhiet traite de l'évolution du principe de souveraineté de l'Etat depuis le développement du droit international et européen, à partir de la jurisprudence du Conseil constitutionnel[1381].

Néanmoins, confrontée à une jurisprudence sans cesse plus enrichie et exhaustive, il apparaît que la doctrine ne doit plus se contenter du seul ajout au droit positif en vigueur et doit s'efforcer de fondre les apports de la jurisprudence à la partie théorique et générale du droit constitutionnel. En ce sens, le Professeur Bastien François relève, de façon explicite, qu'en « ***produisant dorénavant du juridique à partir du juridictionnel, c'est-à-dire en n'étant plus seulement le produit d'une interprétation relativement indifférenciée de la Constitution mais en se définissant comme une entreprise continue de codification d'une pratique (contentieuse), le droit constitutionnel dispose ainsi de ressources d'abstraction sans cesse renouvelées (…)***[1382] ».

D'ailleurs à l'appui de cette problématique, les réflexions des juristes du début du XXe siècle gardent tout leur intérêt en ce qu'elles s'inscrivent en réaction au développement substantiel de la jurisprudence à côté du droit écrit, dans d'autres branches du droit. Précisément, un

[1378] Voir V. Constantinesco, S. Pierré-Caps, *Droit constitutionnel*, 4e éd., Paris, PUF, coll. Thémis, 2009, p. 520 et suiv. Voir également sur ce point, L. Favoreu et *alii*, *Droit constitutionnel*, 6e éd., Paris, Dalloz, 2003, p. 427 et suiv.
[1379] V. Constantinesco, S. Pierré- Caps, *Droit constitutionnel*, *op.cit.*, p. 536 et suiv.
[1380] Voir B. Chantebout, *Droit constitutionnel*, 25e éd., Paris, Dalloz, 2008, p. 580 et suiv.
[1381] Voir A-M. Le Pourhiet, *Droit constitutionnel*, 3e éd., Paris, Economica, 2010, p. 274 et suiv. Voir également sur ce point, P. Pactet, F. Mélin-Soucramanien, *Droit constitutionnel*, 27e éd., Paris, Sirey, 2008, p. 330 et suiv.
[1382] Voir B. François, « L'influence des doctrines publiciste et privatiste. Un point de vue politiste », *in* G. Drago, B. François, N. Molfessis (Dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1999, p. 95.

article publié par Adhémar Esmein en 1902, « *la jurisprudence et la* doctrine[1383] », interroge le rôle croissant de la jurisprudence en droit privé[1384].

Au fondement de sa pensée, réside le constat selon lequel si le droit privé est une discipline de droit écrit, le Code civil a évolué et s'est enrichi de nouvelles règles avec le temps[1385]. Ainsi, si au cours du XIXe siècle, relève Esmein, la discipline repose exclusivement sur des principes élaborés par la doctrine à partir d'une exégèse du Code civil, « *la pratique*[1386] » - c'est-à-dire la jurisprudence - tend à se développer en marge de ces principes, conformément à une lecture empirique et circonstancielle des règles contenues dans le Code[1387].

Evoluant dans un premier temps dans des sphères séparées, une science des principes pour la doctrine, la résolution de cas pour les tribunaux, les Professeurs intègrent néanmoins progressivement la jurisprudence dans l'étude du droit privé. Pourtant, l'enjeu majeur à l'époque, considère Adhémar Esmein, est de faire de la jurisprudence un véritable objet d'étude à côté de l'analyse traditionnelle des principes généraux sur la base du Code civil. A l'étude des lois écrites et figées, l'enseignement doit inévitablement intégrer la façon dont le droit est réellement pratiqué et adapté au temps présent[1388]. Techniquement, il s'agit de substituer une « *méthode historique*[1389] » à la traditionnelle « *méthode dogmatique*[1390] », afin de saisir l'ensemble des décisions et de parvenir à une synthèse de la jurisprudence[1391].

Finalement et pour reprendre les termes de Jean Rivero, dans un article célèbre à propos du droit administratif, « ***le « faiseur de système », remontant du concret à l'abstrait, passant du***

[1383] A. Esmein, « La jurisprudence et la doctrine », *RTDCiv*, 1902, p. 5.

[1384] Voir *Supra*, introduction générale.

[1385] *Ibid.*, p. 5 : « *La substance du Code civil s'est peu à peu assouplie et transformée, c'est là un fait qui doit dominer aujourd'hui la science et l'enseignement* ».

[1386] *Ibid.*, p. 6 et 7 : « *Mais, de son côté, la pratique, ayant pour régulateur les sentences des tribunaux et surtout les arrêts de la Cour de cassation, travaillait sans relâche à l'interprétation du Code civil, interprétation plus large, plus compréhensive que celle de la doctrine, car elle se faisait non seulement sur les articles mais aussi en dehors des articles, lorsqu'ils n'avaient point prévu les problèmes juridiques qui surgissaient* » (…) « *Elle n'y procédait point avec des vues d'ensemble et un ordre méthodique. C'étaient les faits qui posaient les questions ; c'étaient les litiges qui se dégageaient, dans le conflit des intérêts ; et il fallait les résoudre* (…) *le plus souvent, ni le cours de la Faculté, ni la page de l'auteur n'avaient prévu la difficulté spécifique qu'il fallait résoudre* ».

[1387] Précisément, pour reprendre les termes d'Esmein sur ce point, « *c'est ainsi que s'est formée la jurisprudence à côté de la doctrine* ». *Ibid.*, p. 8.

[1388] *Ibid.*, p. 12 : « *Ce qui impose ce parti pris, cette orientation nouvelle de l'étude du droit civil, c'est la nature même de notre droit français, sa nature actuelle et vraie. Ce n'est pas, en effet, une législation morte que renferment les pages du Code civil. C'est un droit vivant, qui a déjà longtemps vécu, et qui je l'espère, est appelé à vivre longtemps encore* ».

[1389] *Ibid.*, p. 13.

[1390] *Ibid.*, p. 11.

[1391] *Ibid.*, p. 16 : « *cette harmonie générale, avec ses irrégularités secondaires, qui peut la formuler et la démontrer ? Ce ne sont point les tribunaux : ils fournissent et taillent les matériaux, mais ne sont point chargés de construire l'édifice. Ce sont les théoriciens, les hommes d'étude : voilà pour le cabinet de travail et pour la chaire du professeur* ».

multiple à l'un, va s'efforcer de ramener la pluralité des solutions données par la loi ou la jurisprudence à quelques formules qui en dégagent les aspects fondamentaux[1392]».

Conclusion du chapitre 2nd

L'essentiel des principes généraux du droit constitutionnel qui continue de former la partie générale des manuels sont ceux élaborés à partir de la Constitution écrite, chargée d'organiser les règles d'organisation et de fonctionnement des pouvoirs publics. Néanmoins, ces principes doivent désormais être mis en perspective avec une autre Constitution, celle élaborée en marge du droit écrit au travers de la jurisprudence continue du Conseil constitutionnel.

Précisément, exerçant pleinement son rôle, le Conseil constitutionnel ne se contente pas de dire le droit tel qu'il résulte de la Constitution. Son travail d'interprétation des règles est important au point de constater un dédoublement de la notion de Constitution[1393], la Constitution proprement dite et la lecture de la Constitution par le juge constitutionnel à l'occasion du contrôle de conformité d'une loi à la Constitution[1394]. En d'autres termes, on trouve aujourd'hui au titre des sources en droit constitutionnel contemporain[1395], la

[1392] Voir J. Rivero, « Apologie pour les faiseurs de système », *D*. 1951, Chron., p. 99.

[1393] Voir S. Rials, « Les incertitudes de la notion de Constitution sous la Ve République », *RDP*, 1984, p. 587.

[1394] Voir, à propos de la décision du Conseil constitutionnel du 16 janvier 1982 relative à la loi de nationalisation, R. Savy, « La constitution des juges », *D*. 1983, chron, p. 105. Voir par ailleurs, H. Roussillon, « Rigidité des constitutions et justice constitutionnelle : Réflexions sur un paradoxe », *in La République, Mélanges Pierre Avril*, Paris, Montchrestien, 2001, p. 257.

[1395] Voir D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, 8e éd., Paris, Montchrestien, 2008, 544 p. Voir spéc. la quatrième partie intitulée « *Le droit constitutionnel à l'épreuve de la justice constitutionnelle, ou le nouveau droit constitutionnel* ».

Dans la forme, la première constitution - entendue dans un sens chronologique-, procède d'un texte écrit et la seconde se réalise à travers la jurisprudence du Conseil constitutionnel. De cette caractéristique découle l'idée selon laquelle, alors que la théorie classique voit la Constitution comme un texte stable et aux règles immuables, la Constitution nouvelle tend à évoluer et à s'enrichir de droits nouveaux avec le temps. Véritable « *Charte jurisprudentielle des droits et libertés des citoyens* », la constitution devient, surtout, « *un espace vivant*». Le texte de la Constitution, sous l'effet de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, est voué à évoluer et à s'adapter au gré des saisines. Par le contrôle de constitutionnalité, le juge constitutionnel est susceptible de découvrir des principes nouveaux en lien avec l'évolution de la société et de ses valeurs.

La nouvelle Constitution, dans le fond, se distingue de la Constitution proclamée en 1958 selon deux traits principaux. Elle est d'abord l'acte qui définit de façon continue les droits et libertés. « *L'objet droits de l'Homme* » n'est évidemment pas nouveau, mais c'est l'aspect politique qui a longtemps été privilégié. En d'autres termes, la protection des droits de l'homme s'effectuait de façon indirecte, elle découlait des règles constitutionnelles qui encadrent l'exercice du pouvoir. En d'autres termes, il ne s'agit plus d'interroger la meilleure organisation politique possible, celle qui concilie au mieux l'exercice du pouvoir avec la préservation des libertés, mais de penser un certain nombre de droits et libertés directement opposables à l'Etat. Pour reprendre les termes employés par le Professeur Rousseau, sur ce point, « *il faut changer de position ; partir du citoyen et non des pouvoirs publics, de la société civile et non de l'Etat* ».

Sur ces questions, voir D. Rousseau, « Une résurrection : la notion de Constitution », *RDP*, 1990, p. 5 ; D. Rousseau, « Les transformations du droit constitutionnel sous la Ve République », *RDP*, 1998, p. 1780. Voir également, Voir sur ce point, Y. Poirmeur, « Le Conseil constitutionnel protège-t- il véritablement les droits de

Constitution écrite élaborée par le pouvoir constituant en 1958 et la Constitution jurisprudentielle élaborée par le juge[1396].

Dès lors, si un dédoublement entre le texte même de la Constitution et la jurisprudence du Conseil constitutionnel est admis[1397], il faut accepter de s'en remettre à la « *constitution jurisprudentielle* » pour connaître les règles du droit constitutionnel, tout aussi légitimement qu'à la lecture de la seule Loi fondamentale. Surtout, s'il est possible d'admettre la continuité des principes doctrinaux dans l'analyse de la Constitution politique, l'évolution constante de la Constitution jurisprudentielle suggère l'adpatation de ces mêmes principes compte tenu de l'apport des décisions du Conseil constitutionnel.

---

l'homme ?, » *in* G. Drago, B. François, N. Molfessis (Dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1999, p. 295 et suiv.

[1396] Voir sur ce point, P. Avril, « La jurisprudence institutionnelle du Conseil constitutionnel est- elle créatrice de droit ? », *in La création du droit par le juge*, *Archives de Philosophie du droit*, 2007, p. 33 et suiv.

[1397] C'est d'ailleurs cette alternative qui a provoqué chez la doctrine l'idée d'un choix : le droit constitutionnel est- il entièrement soluble aujourd'hui dans l'étude de la jurisprudence constitutionnelle ? Ne faut- il pas, au contraire, minimiser le poids du Conseil dans les mutations de la discipline et continuer à s'intéresser au droit constitutionnel dit institutionnel ?

De fait, on voit (ré)apparaître des écoles doctrinales, les unes privilégiant une lecture jurisprudentielle en droit constitutionnel et les autres, défendant le droit constitutionnel institutionnel.

Voir à cet égard, l'étude parue dans la revue *Droits*, intitulée « *Repenser le droit constitutionnel* ». J.-M. Denquin (Dir.), *Repenser le droit constitutionnel*, *Droits*, 2000.

Conclusion du titre 2nd

La revalorisation de la Constitution a permis, à partir des années 1970, de recentrer l'objet du droit constitutionnel autour de l'étude du droit positif, c'est-à-dire des dispositions constitutionnelles en vigueur. Impliquant alors le retour d'une méthode strictement juridique dans l'analyse de la discipline, cette évolution a surtout conduit les juristes positivistes, à écarter des principes théoriques, tout fondement philosophique ou historique, pour ne retenir, dans l'élaboration des principes, que le droit, fait empirique.

Pour autant, pas plus que la méthode empirique proposée par la doctrine constitutionnaliste après la Seconde Guerre mondiale, « *l'empirisme politique ou réaliste* », la méthode empirique défendue par les juristes positivistes, « *l'empirisme juridique* », n'aura permis de faire évoluer les principes généraux élaborés à la fin du XIXe siècle et relayés par les manuels de droit constitutionnel, afin qu'ils se rapprochent de la réalité du droit positif en vigueur.
A l'heure actuelle, un tel rapprochement est de nouveau possible dès lors que la doctrine parvient à intégrer la jurisprudence, source empirique en droit constitutionnel contemporain, à l'étude des principes généraux du droit constitutionnel.

Conclusion de la 1er Partie

L'étude des manuels permet d'induire une véritable continuité des principes généraux et un renouvellement timide de la théorie, et ce malgré les mutations substantielles du phénomène constitutionnel. Pourtant, ce constat ne saurait épuiser l'ensemble de la littérature. Précisément, l'appréhension des principes généraux du droit constitutionnel suit deux tendances générales, suivant qu'elle est issue des manuels ou des autres supports, traditionnels ou plus récents, d'expression doctrinaux. En effet, les articles publiés ces dernières années, au sein des revues, des actes de colloques ou au travers des Mélanges, s'efforcent d'avoir un regard plus critique sur les principes généraux et essayent plus que les manuels, de penser ces mutations. Cette distinction entre novation et immobilisme, suivant le support de diffusion, s'explique, pour partie, compte tenu de l'objet du support et les destinataires privilégiés par ces supports.

Ainsi, un manuel a pour objet principal une vulgarisation de l'ensemble des connaissances sur le droit constitutionnel au travers de principes simples et pédagogiques, précisément parce qu'il vise d'abord le corps étudiant et plus particulièrement ceux de première année de licence. A l'inverse, les articles publiés sur d'autres supports ont davantage de liberté pour avoir un regard critique sur le droit et conviennent à une approche renouvelée et novatrice. Contribuant à la recherche en droit, l'article de doctrine s'adresse essentiellement à la communauté scientifique et aux initiés.

Sur ce dernier point par exemple, quatre titres de Mélanges publiés dans les années 2000 vont dans ce sens. Ils s'intitulent respectivement, « *Les mutations contemporaines du droit*[1398] », « *Le nouveau constitutionnalisme*[1399] », « *le mouvement du droit public*[1400] » et « *le renouveau du droit constitutionnel*[1401] ». Dans la continuité, la Revue *Droits* a publié les actes d'une journée d'étude organisée par l'Institut Michel-Villey le 26 juin 2000 autour du thème général « *Repenser le droit constitutionnel*[1402] ». Le défi lancé à cette occasion, est celui d'une tentative de conciliation entre la tournure jurisprudentielle du droit constitutionnel et sa lecture institutionnelle. Il s'agit de penser la discipline comme une science positiviste sans oublier « *ce qui faisait son intérêt intellectuel, c'est-à-dire son triple enracinement dans la*

[1398] Mélanges Benoît Jeanneau, *Les mutations contemporaines du droit*, Paris, Dalloz, 2002, 720 p.
[1399] Mélanges en l'honneur de Gérard Conac, *Le nouveau constitutionnalisme*, Paris, Economica, 2001, 458 p.
[1400] Mélanges en l'honneur de Franck Moderne, *le mouvement du droit public*, Paris, Dalloz, 2004, 264 p.
[1401] Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu, *le renouveau du droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2007, 1783 p.
[1402] *Repenser le droit constitutionnel*, *Droits*, 2000, n° 32, p. 3.

philosophie, l'histoire et le droit comparé[1403] ». La collection Dalloz encore, a publié récemment les actes d'une journée d'étude organisée le 22 avril 2005 à Agen, intitulée « *La séparation des pouvoirs : théorie contestée et pratique renouvelée*[1404] ».

Enfin, au sein des revues juridiques, parmi les articles récents, on trouve « *la crise de la démocratie : mythe ou réalité ?*[1405] », « *la séparation des pouvoirs et le constitutionnalisme. Mythes et réalité d'une doctrine et ses critiques*[1406] », ou encore, « *que reste-t-il de la souveraineté ?*[1407] »

D'ailleurs, un support plus contemporain favorise l'approche critique sur le droit et sur le droit constitutionnel en particulier, internet. Signe d'un véritable changement et de l'acceptation d'une diversification des sources doctrinales sur le droit est la naissance d'une revue électronique[1408], la « *revue internationale de droit politique*[1409] ». La ligne éditoriale est la suivante : « *que notre revue soit électronique ne saurait guère surprendre : Internet s'est imposé comme le lieu le plus adéquat pour réunir tous les aspects et les rythmes, de la vie intellectuelle*[1410] ». Directement en lien avec le propos, le Professeur Olivier Camy utilise internet pour y diffuser une vision propre du droit constitutionnel[1411]. Sous-titré « *droit constitutionnel critique*[1412] », ce site vise à « *inaugurer une approche nouvelle du droit constitutionnel occidental démocratique* », c'est-à-dire « *une approche critique capable de faire apparaître sa double dimension métaphysique et théologique toujours présupposées mais jamais thématisées.* ***On ne saurait se contenter des approches classiques de type positiviste ou dogmatique aujourd'hui encore dominantes***[1413] ».

[1403] *Ibid.*, introduction, p. 3.

[1404] Voir A. Pariente (Dir.), *La séparation des pouvoirs : théorie contestée et pratique renouvelée*, Paris, Dalloz, 2007, 153 p.

[1405] Voir J. Chevallier, « La crise de la démocratie : mythe ou réalité ? », *in Les mutations contemporaines du droit* : *Mélanges Benoît Jeanneau*, Paris, Dalloz, 2002, p. 361 et suiv.

[1406] Voir J-P. Feldman, « La séparation des pouvoirs et le constitutionnalisme. Mythes et réalité d'une doctrine et ses critiques », *RFDC*, 2010, p. 483.

[1407] Voir C. Goyard, « Que reste-t-il de la souveraineté ? », *in La Constitution et les valeurs, Mélanges en l'honneur de Dmitri Georges Lavroff*, Paris Dalloz, 2005, p. 381.

[1408] Il faut encore ajouter les blogs ou les sites personnels d'enseignants-chercheurs qui sont eux aussi, autant de supports plus informels, plus interactifs et donc plus réactifs sur le droit, que ne peuvent l'être les supports écrits traditionnels. Voir par exemple, le récent blog français de droit constitutionnel, « *nouveau lieu d'expression pour la doctrine constitutionnaliste* » à l'initiative du Professeur Didier Ribes, disponible à l'adresse suivante : http://www.bfdc.org/

[1409] www.juspoliticum.com.

[1410] http://jurispolticum.com/ presentation-de-la-revue.html.

[1411] http://www.droitconstitutionnel.net/

[1412] C'est également le titre de son ouvrage publié. Voir O. Camy, *Droit constitutionnel critique*, Paris, L'Harmattan, 2007, 122 p.

[1413] *Ibid.*, p. 122.

Finalement, la diffusion plus libre des idées en marge des manuels, dont celle via internet, facilite les approches critiques et nouvelles à l'égard des grands principes en droit constitutionnel. Le débat récent entre les Professeurs Brunet[1414], Denquin[1415] et Rousseau provoqué par la publication par ce dernier, d'un article sur le sens contemporain de la « *démocratie* » défini par le Professeur Rousseau comme la « *démocratie par le droit*[1416] », constitue une illustration intéressante des tentatives de reconsidérations des principes généraux du droit constitutionnel sous l'effet de la justice constitutionnelle.

Symbole d'un mouvement plus global, ce débat témoigne des initiatives de la doctrine, le plus souvent en marge des manuels, afin d'appréhender les principes généraux de la discipline à partir de la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

[1414] P. Brunet, « La démocratie, entre essence et expérience. Réponse à Dominique Rousseau », *La Vie des idées*, 9 octobre 2008, http://www.laviedesidees.fr/La-democratie-entre-essence-et.html.

[1415] J-M. Denquin, « Que veut-on dire par « démocratie » ? L'essence, la démocratie et la justice constitutionnelle », http://www.juspoliticum.com/Que-veut-on-dire-par-democratie.html.

[1416] D. Rousseau, « Constitutionnalisme et démocratie », *La Vie des idées*, 19 septembre 2008, http://www.laviedesidees.fr/Constitutionnalisme-et-democratie.

Partie 2/ De l'influence de la jurisprudence empirique du Conseil constitutionnel sur les principes généraux, en marge des manuels

La doctrine contemporaine dans son ensemble, relaie l'idée selon laquelle on assiste à un renouveau important du droit constitutionnel[1417], compte tenu de mutations essentielles intervenues ces dernières années[1418]. Parmi ces mutations, la jurisprudence constitue aujourd'hui une source à part entière du droit constitutionnel et elle est porteuse de changements importants.

D'abord, la place croissante de la jurisprudence constitutionnelle enrichit le rôle de la doctrine : d'une stricte analyse du texte constitutionnel et de son application par les sujets de droit, elle implique dorénavant, plus particulièrement, de prendre en compte l'interprétation du droit sous le prisme des décisions du Conseil constitutionnel.

Ensuite et de façon liée, elle invite la doctrine à adapter sa méthode d'analyse du droit positif en vigueur. Dorénavant, c'est à partir du droit que la doctrine est invitée à élaborer les principes généraux, c'est-à-dire d'induire des décisions du Conseil constitutionnel, ces principes. Cela permet d'accepter les contradictions du droit positif et surtout de repenser les cadres théoriques en conformité avec la réalité du phénomène constitutionnel et son évolution. Par conséquent, en abandonnant les références *a priori* aux théories de la souveraineté, de la représentation politique ou de la séparation des pouvoirs qui trouvent leur fondement dans la philosophie libérale de la fin du XVIIIe siècle, la doctrine est invitée à penser leurs significations à partir de l'étude du droit positif. L'induction de principes sur la base de la jurisprudence du Conseil constitutionnel permet d'accepter les contradictions liées à l'évolution du droit et de repenser les cadres conceptuels en conformité avec la réalité. Finalement, à travers la jurisprudence, la doctrine dispose d'une source susceptible de réinjecter de la « *positivité* » au sein des cadres de pensée traditionnels.

[1417] Voir par exemple sur ce point, J-M. Denquin (Dir.), « Repenser le droit constitutionnel », *Droits*, 2000, p. 3 ; D. Maus, « Où en est le droit constitutionnel ? », *in Mouvement du droit public : du droit administratif au droit constitutionnel, du droit français aux autres droits : Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Paris, Dalloz, 2004, p. 691 ; F. Delpérée, « Le renouveau du droit constitutionnel », *RFDC*, 2008, p. 227.

[1418] A l'occasion d'une journée d'étude consacrée au thème général « *Repenser le droit constitutionnel* », le Professeur Denquin dresse le constat selon lequel, « *le droit constitutionnel français a plus changé dans les vingt dernières années que dans les cent cinquante années antérieures.* » Voir J-M. Denquin, « Approches philosophiques du droit constitutionnel », *Droits*, 2000, n°32, p. 33.

Dès lors, l'analyse du dernier état du droit constitutionnel permet de confronter les principes généraux du droit constitutionnel, élaborés à la fin du XIXe siècle conformément à une méthode hautement conceptuelle, à une troisième forme d'empirisme. Confirmés malgré les apports successifs, en lien avec l'évolution du droit lui-même, de méthodes doctrinales empiriques, un « *empirisme politique*[1419] » et un « *empirisme juridique positiviste*[1420] », les grands principes doctrinaux sont aujourd'hui susceptibles d'être adaptés à la jurisprudence empirique du Conseil constitutionnel (Titre 1).

Pour autant, pour le moment, et malgré des tentatives de synthèses de la jurisprudence et les travaux qui accompagnent les mutations de la discipline sous l'effet de la justice constitutionnelle, la discipline a tendance à verser vers une facette contentieuse et pratique, à côté de celle plus institutionnelle et générale (Titre 2).

[1419] Voir *Supra.*, 1re Partie, Titre 1er, Chapitre 2nd .
[1420] Voir *Supra.*, 1re Partie, Titre 2nd, Chapitre 1er.

Titre 1/ La jurisprudence du Conseil constitutionnel, source empirique du droit constitutionnel

C'est au travers de la pensée d'un Professeur de science politique qu'une approche renouvelée du droit sous l'effet du développement de la jurisprudence constitutionnelle, est identifiée de la façon la plus systématique. Précisément, plusieurs articles publiés par le Professeur Bastien François dans les années 1990, interrogent les conséquences de la création du Conseil constitutionnel sur la discipline (« *le droit de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*[1421] ») et notamment, la relation entre le juge et la doctrine. Pour reprendre les termes de l'auteur sur ce point, il s'agit d'analyser la « ***concurrence/coopération entre les savants et les praticiens***[1422] ». Techniquement, l'entreprise doctrinale consiste dorénavant au saisissement de la jurisprudence afin de la synthétiser dans des principes généraux[1423]. D'ailleurs, l'intitulé d'un article publié par le Professeur François en 1993, est très significatif de la nouvelle relation entre le juge et la doctrine : « ***Du juridictionnel au juridique. Travail juridique, construction jurisprudentielle du droit et montée en généralité***[1424] ».
Par extension, l'auteur montre un rapprochement entre le droit constitutionnel et le droit administratif et il suggère l'utilisation en droit constitutionnel, des méthodes du droit administratif[1425] ou pour reprendre les termes du Professeur François, « *du modèle de juridicité hérité du droit administratif* [1426]».

Ainsi, à partir des travaux du Professeur François, le « *conceptualisme* » en droit constitutionnel contemporain devrait premettre à la doctrine, à partir de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, de rassembler l'ensemble des décisions et de procéder à un travail de généralisation autour de quelques principes généraux (Chapitre 1).

[1421] Voir B. François, « L'influence des doctrines publicistes et privatistes. Un point de vue politiste », *in* G. Drago, B. François, N. Molfessis (Dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1999, p. 94.
[1422] *Ibid.*, p. 92.
[1423] *Ibid.*, p. 90 : « *On comprend alors que la relation entre doctrine et jurisprudence – au moins en droit public où cette question se pose avec une particulière acuité – soit généralement décrite sur le mode d'une complémentarité fonctionnelle – d'une « intime coopération » écrit Jean Rivero – où la différence de situation entre le juge et le savant est mise au service de la production d'un meilleur droit, « droit « souple », droit « proche du concret » mais droit, avec tout ce que le mot implique de nécessaire abstraction et d'organisation systématique* ».
[1424] Voir B. François, « Du juridictionnel au juridique. Travail juridique, construction jurisprudentielle du droit et montée en généralité », *in* CURAPP, *Droit et politique*, Paris, PUF, 1993, p. 201.
[1425] Voir, sur ce point, B. François, « Une revendication de juridiction. Compétence et justice dans le droit constitutionnel de la Ve République », *Politix*, 1990, n° 10-11, p. 99.
[1426] *Ibid.*

En pratique, l'analyse d'un certain nombre de politiques jurisprudentielles montre que la jurisprudence est le plus souvent circonscrite au cas d'espèce et dit le droit en lien avec les dispositions législatives particulières auxquelles elle est confrontée. Compliquant l'entreprise d'élévation théorique de la doctrine, « *l'empirisme* » du Conseil constitutionnel apparait néanmoins inévitable et conforme à sa mission[1427]. Précisément et de façon approfondie, l'attitude empirique du Conseil constitutionnel s'explique compte tenu d'un certain nombre de raisons qui tiennent pour l'essentiel à ses règles générales d'organisation et de fonctionnement, ainsi qu'à la façon dont il peut exercer son office à l'occasion du contrôle de constitutionnalité des lois (Chapitre 2).

[1427] S'apprêtant à traiter des « *grandes politiques jurisprudentielles constitutionnelles* », le Professeur Dominique Rousseau rappelle que le Conseil constitutionnel « *au gré des affaires dont il est saisi, « dit » le droit, sans prétendre de répondre à une théorie, ou d'en construire une par ses décisions* ». Voir D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, 8e éd., Paris, Monchrestien, 2008, p. 231. Dans le même sens, Georges Vedel montre qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, à l'occasion du contrôle de constitutionnalité d'une loi de privatisation d'entreprise publique, d'entreprendre de définir une notion de service public qui ressort des exigences constitutionnelles. Il relève : « *bien que la notion de service public soit peut être l'une de celles qui aurait le plus besoin d'être dessinée d'une main un peu ferme, sa redéfinition n'a jamais tenté le juge constitutionnel qui prend le droit tel qu'il est. Comme contrôleur, il doit rechercher si le régime de l'institution ainsi contrôlée ne heurte point une exigence de nature constitutionnelle. Mais il n'a pas à aller plus loin notamment en répondant à toutes les questions que posent les contradictions ou les insuffisances de la notion de service public* ». Il ajoute pour finir, « *le service public en tant que tel n'intéresse pas le juge constitutionnel* ». Voir B. Mathieu, M. Verpeaux (Dir.), *La constitutionnalisation des branches du droit*, Paris, Economica, 1998, Propos d'ouverture, p. 15. Dans le même sens, voir G. Vedel, « Réflexions sur quelques apports de la jurisprudence du Conseil d'Etat à la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Mélanges René Chapus*, Paris, Montchrestien, 1992, p. 661. Voir pour une dernière illustration, G. Vedel, « La manière dont les saisines sont perçues par les membres du Conseil », *in* Association française des constitutionnalistes, *Vingt ans de saisine parlementaire du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1995, p. 63 : à propos de la rédaction des décisions du Conseil constitutionnel « *le conseil ne rédige pas en parties, en titres et en chapitres comme une thèse. Cela ferait sourire, et l'on dirait qu'une décision de justice n'est tout de même pas un ouvrage de doctrine* ».

Chapitre 1/ L'analyse de la jurisprudence empirique du Conseil constitutionnel par la doctrine

Afin de rendre compte de l'empirisme du Conseil constitutionnel et des conséquences de cet empirisme sur le travail d'analyse de la doctrine, ce sont quatre politiques jurisprudentielles qui sont étudiées. Ce choix a été guidé par des raisons matérielles et des raisons scientifiques. En effet, s'il est apparu difficile pour des raisons matérielles, d'aborder davantage de thèmes jurisprudentiels et de pouvoir prétendre les synthétiser vers une analyse plus globale, c'est surtout, d'un point de vue scientifique cette fois, la volonté de sélectionner des domaines susceptibles d'offrir une vision représentative des différents apports de la jurisprudence dans l'interprétation du droit écrit, qui a été déterminante.

Ainsi, en traitant de la décentralisation comme des conséquences de la participation de l'Etat à des organisations internationales, la réflexion s'engage vers la nécessaire conciliation par le Conseil constitutionnel de principes constitutionnels et qui à la seule lecture du texte de la Constitution, n'apportent pas toujours les éclaircissements nécessaires. Effectivement, l'exégèse de la Constitution ne répond qu'imparfaitement à la question de savoir comment penser la souveraineté de l'Etat et le partage de compétences avec des organisations internationales ou alors celle de savoir jusqu'à quel point l'autonomie des collectivités territoriales ne heurte pas le principe d'indivisibilité de la République ? (Section 1)
Par ailleurs, en s'intéressant à l'un des domaines qualifié par la Constitution comme relevant du domaine de la loi conformément à l'article 34 ainsi qu'à la notion de service public national consacré par l'alinéa 9 du préambule de 1946, il s'agit d'analyser certains termes juridiques consacrés par le pouvoir constituant sans pour autant les définir. Sur l'impulsion de la jurisprudence constitutionnelle, en d'autres termes, peut-on déterminer avec davantage de précision, le sens d'un certain nombre de termes aux conséquences juridiques essentielles ? (Section 2)
Ces domaines offrent encore l'opportunité d'interroger la jurisprudence constitutionnelle, s'agissant de dispositions situées dans le corps même de la Constitution, dans le préambule voire le traitement combiné de plusieurs dispositions de la Constitution.

Section 1/ L'actualisation des règles de droit constitutionnel : la synthèse jurisprudentielle des principes contenus dans la Constitution

Un certain nombre de principes inscrits dans la Constitution ne se satisfont pas d'une lecture isolée et doivent être conciliés avec d'autres dispositions de même valeur juridique. Impliquée le plus souvent par les mutations contemporaines du droit constitutionnel qui conduit à un enrichissement des règles de droit constitutionnel, cette opération suppose alors d'admettre un glissement du sens traditionnel d'un certain nombre de ces principes. Deux exemples à cet égard sont éclairants.

Si la République est indivisible, son organisation est en même temps décentralisée (§1). Si par ailleurs l'Etat est souverain et détient seul la prérogative de faire les lois, il participe au développement de la société internationale et peut à cette fin décider de transférer certaines compétences au profit d'institutions internationales[1428] (§2).

S'agissant d'objets d'actualité et d'importance essentielle (la délégation des compétences de l'Etat vers des organisations internationales ou vers les collectivités territoriales), la lisibilité du droit en vigueur sous l'effet de la jurisprudence constitutionnelle y apparaît d'autant plus nécessaire.

§1/ « La République indivisible est décentralisée » : la notion constitutionnelle de libre administration des collectivités territoriales

Le droit de la décentralisation constitue aujourd'hui un thème majeur en droit constitutionnel. Longtemps ignorée pour des raisons historiques, la tradition centralisatrice en France, ou pour des raisons intellectuelles, la conviction que l'organisation locale concernait davantage un problème administratif que constitutionnel[1429], l'étude des relations entre l'Etat et les

[1428] Dans le fond, les conséquences juridiques des principes en cause, supposent d'admettre les relations de l'Etat avec d'autres personnes morales de droit public dans le respect d'un certain nombre de freins constitutionnels qui renvoient à la préservation de son unité territoriale et normative.

[1429]Malgré l'évolution croissante de la décentralisation en France, celle-ci demeure la traduction d'un principe d'organisation administrative, c'est-à-dire la traduction de la conciliation entre l'Etat unitaire et l'autonomie locale. L'octroi de compétences au profit des collectivités territoriales ne saurait correspondre à un transfert du pouvoir politique. Cette limite représente le curseur à partir duquel on peut distinguer l'Etat unitaire décentralisé, d'une autre forme d'organisation territoriale : l'Etat régional. En effet, ce dernier malgré son caractère unitaire, accorde un pouvoir normatif propre au profit des régions.

Sur ce point, de nombreux parlementaires au sein de la Commission de la Constitution de 1946 soutiennent que l'organisation des collectivités locales n'a pas à apparaître dans une Constitution dans la mesure où il s'agit d'un problème d'ordre administratif. Voir par exemple, Séances de la Commission de la Constitution, *Comptes rendus analytiques en exécution de la résolution votée par l'Assemblée le 2 octobre 1946*, Imprimerie de l'Assemblée nationale constituante, vol. 2, 1946, p. 102 et suiv; Cette idée est encore celle défendue lors du débat sur

collectivités territoriales est dorénavant largement analysée par la doctrine constitutionnaliste[1430].

Plus précisément, sous l'effet de révisions successives et notamment la révision constitutionnelle du 28 mars 2003, de nombreuses dispositions de valeur constitutionnelle font de la décentralisation une modalité d'organisation territoriale véritablement effective. Juridiquement, l'autonomie locale est protégée à titre principal, par la notion constitutionnelle générale de « *libre administration des collectivités territoriales*[1431] ». Sur ce point, la jurisprudence du Conseil constitutionnel est riche et elle permet d'affiner les contours de cette notion (A). De son côté, la doctrine qui parle de l'existence d'un véritable « *droit constitutionnel local*[1432] » s'efforce d'enrichir ses analyses des apports de la jurisprudence (B).

---

l'inscription du principe de la décentralisation à l'article 1er de la Constitution en 2003 : Voir sur le site « *légifrance* » l'entrée « *dossier législatif* » à propos de la loi n° 2003- 276 du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République à l'adresse suivante : http://www.assemblee-nationale.fr/12/cri/2002-2003/20030072.asp#TopOfPage.

[1430] En atteste, l'importante littérature sur le sujet. Voir notamment : J-B. Auby, *la décentralisation et le droit*, Paris, LGDJ, 2006, 154 p. ; C. Bacoyannis, *Le principe constitutionnel de libre administration des collectivités territoriales*, th., PUAM, Economica, 1993, 319 p. ; M. Doat, *Recherche sur la notion de collectivité locale en droit administratif français*, th., LGDJ, 2003, 317 p. ; R. Debbasch, « L'indivisibilité de la République et l'existence de statuts particuliers en France », *RFDC*, 1997, n° 30, p. 359 ; J-C. Douence, « Des collectivités locales uniformes ou différenciées », *AJDA*, 2002, p. 465 ; L. Favoreu, « Décentralisation et Constitution », *RDP*, 1982, p. 1259 ; L. Favoreu, « Libre administration et principes constitutionnels », *in* J. Moreau, G. Darcy, (Dir.), *La libre administration des collectivités locales. Réflexion sur la décentralisation*, Aix-en-Provence, PUAM, 1984, p. 63 ; L. Favoreu, « Les bases constitutionnelles du droit des collectivités locales », *in* F. Moderne (Dir.), *La nouvelle décentralisation*, Paris, Sirey, coll. Bibliothèque des collectivités locales, 1983, p. 15 ; L. Favoreu, A. Roux, « La libre administration des collectivités territoriales est-elle une liberté fondamentale ? », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2002, n° 12 ; D. Guignard, *La notion d'uniformité en droit public français*, th., Paris, Dalloz, Ed. Nouvelle Bibliothèque des thèses, 2004, 727 p ; T. Michalon, « La République française, une fédération qui s'ignore ? », *RDP*, 1982, p. 623 ; T. Michalon, « La Corse entre décentralisation et autonomie. Vers la fin des catégories ? », *RFDA*, 1991, p. 720; F. Sauvageot, *Les catégories de collectivités territoriales de la République. Contribution à l'étude de l'article 72, alinéa 1 de la Constitution du 4 octobre 1958*, th., Aix-en-Provence, PUAM, coll. Collectivités locales, 2004, 472 p. ; L. Tesoka, *Les rapports entre catégories de collectivités territoriales*, th., Aix-en-Provence, PUAM, 2004, 519 p. ; M. Troper, « Libre administration et théorie générale du droit. Le concept de libre administration », J. Moreau, G. Darcy, (Dir.), *La libre administration des collectivités locales. Réflexion sur la décentralisation*, Aix-en-Provence, PUAM, 1984, p. 55.

[1431] Toujours placé au cœur des réflexions sur la décentralisation en France, la libre administration des collectivités territoriales est rapidement consacrée par la Constitution et les termes « *libre administration* » et « *décentralisation* » ont parfois été difficiles à distinguer. Voir, sur ce point, J. Moreau, G. Darcy (Dir.), *La libre administration des collectivités locales. Réflexion sur la décentralisation*, Aix-en-Provence, PUAM, 1984, 468 p.

[1432] Par exemple, L. Favoreu, « Décentralisation et Constitution », *op. cit*., p. 1259 ; Voir par ailleurs, la préface à la thèse de M. Bacoyannis, *in* C. Bacoyannis, *Le principe constitutionnel de libre administration des collectivités territoriales*, *op. cit.*

A/ Le droit positif de la décentralisation au prisme de la libre administration des collectivités territoriales

Impliquée par les dispositions constitutionnelles (1), la lecture jurisprudentielle du principe de libre administration des collectivités territoriales admet un contenu positif, l'ensemble des implications juridiques qui sont liées à la libre administration, et un contenu négatif, les limites de la libre administration au sein d'un Etat unitaire (2).

1/ La consécration dans le droit, de l'encadrement de la libre administration par les exigences de l'Etat unitaire

Depuis 1946, date de la première référence constitutionnelle qui renvoie à la notion, la libre administration est reliée à l'idée générale de décentralisation[1433] qui veut que les entités locales puissent bénéficier d'une autonomie de décision et qu'elles aient la maîtrise de leurs décisions dans la gestion de leurs activités. Prévue à ce moment à l'article 87 de la Constitution, « *les collectivités territoriales s'administrent librement par des conseils élus au suffrage universel*[1434] », la lecture des discussions parlementaires lors de l'élaboration de la Constitution permet de montrer qu'il s'agit de consacrer, au niveau constitutionnel, un certain nombre de libertés au profit des collectivités locales. L'origine constitutionnelle de la notion de « *libre administration*[1435] » renvoie alors à celle d'autonomie locale[1436]. Ainsi, c'est essentiellement à partir de ce principe de libre administration consacré dès 1946, que l'autonomie locale gagnera toujours plus en substance.

[1433] Voir, sur ce point, J.-B. Auby, J.-F. Auby, R. Nouguellou, *Droit des collectivités locales*, 5e éd., Paris, PUF, 2009, p. 68. « *La Constitution proclame un principe qui est le fondement de la décentralisation territoriale et de l'autonomie locale, le principe de libre administration* ».

[1434] http://mjp.univ-perp.fr/france/co1946-0.htm#10

[1435] Voir par exemple, Séances de la Commission de la Constitution, *Comptes rendus analytiques en exécution de la résolution votée par l'Assemblée le 26 avril 1946*, vol. 1, Imprimerie de l'Assemblée nationale constituante, 1946, p. 146 et suiv. Voir par ailleurs sur ce point, C. Bacoyannis, *Le principe constitutionnel de libre administration des collectivités territoriales*, *op.cit.*, p. 94 et suiv.

[1436] Par ailleurs, la libre administration renvoie expressément aux modalités d'organisation administrative dans la mesure où l'article prévoit l'élection de conseils au suffrage universel. En introduction de sa thèse M. Bacoyannis se demande si la libre administration des collectivités territoriales ne signifie pas l'élection par le corps électoral des collectivités dans la mesure où dans la Constitution de 1946, comme celle de 1958, « *libre administration* » et « *conseils élus* » sont inscrits dans un même article. Au fond les collectivités s'administrent librement parce qu'elles disposent de conseils élus. Voir C. Bacoyannis, *Le principe constitutionnel de libre administration des collectivités territoriales*, *op. cit..*, p. 8.

Au sein de la Constitution actuelle, deux dispositions constitutionnelles consacrent la libre administration des collectivités territoriales. Le 3e alinéa de l'article 72 prévoit que : « *Dans les conditions prévues par la loi, ces collectivités s'administrent librement par des conseils élus et disposent d'un pouvoir réglementaire pour l'exercice de leurs compétences*[1437] » et l'article 34 précise que « *la loi détermine les principes fondamentaux : de la libre administration des collectivités territoriales, de leurs compétences et de leurs ressources*[1438] ».

Par ailleurs, le Code général des collectivités territoriales dans son Titre 1er relatif aux principes généraux de la décentralisation, consacre un Chapitre 1er intitulé : « *Principe de libre administration.* » Il organise aux articles L 1111-1 et suivants, les règles suivantes : « *Les communes, les départements et les régions s'administrent librement par des conseils élus. Les communes, les départements et les régions règlent par leurs délibérations les affaires de leur compétence. Ils concourent avec l'Etat à l'administration et à l'aménagement du territoire, au développement économique, social, sanitaire, culturel et scientifique, ainsi qu'à la protection de l'environnement, à la lutte contre l'effet de serre par la maîtrise et l'utilisation rationnelle de l'énergie, et à l'amélioration du cadre de vie*[1439] ». Il précise encore, que les collectivités exercent un certain nombre de compétences dans le respect des principes de l'absence de tutelle d'une collectivité sur une autre et de répartition des compétences entre l'Etat et les collectivités.

Ainsi, il ressort de l'ensemble de ces règles, que si la libre administration des collectivités territoriales correspond à la volonté de permettre aux entités locales de gérer leurs affaires propres, elle implique de fait, un certain nombre de moyens pour lui donner valeur effective. Précisément, ces dispositions évoquent entre autres, la détention d'un pouvoir réglementaire pour régler leurs compétences ou la possibilité de décider par délibération, de leurs affaires propres. Parallèlement, certaines dispositions nouvelles issues de la révision constitutionnelle du 28 mars 2003 vont encore dans le sens d'un renforcement constitutionnel de la libre administration des collectivités territoriales[1440]. En pratique, cinq dispositions s'inscrivent

---

[1437] http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-du-4-octobre-1958/texte-integral-de-la-constitution-de-1958.5074.html
Dans sa rédaction initiale, l'article 72 de la Constitution était ainsi rédigé : « *Les collectivités locales s'administrent librement par des conseils élus et dans les conditions prévues par la loi* ».

[1438] *Ibid*.

[1439] Voir le texte du Code, disponible sur le site « *légifrance* », à l'adresse suivante : http://www.legifrance.gouv.fr/.

[1440] Sur cette question, voir H. Alcaraz, « Le principe de libre administration des collectivités territoriales dans la jurisprudence constitutionnelle après la révision constitutionnelle du 28 mars 2003 », *RFDA*, 2009, p. 497.

dans la volonté de renforcer l'autonomie locale, en précisant notamment les moyens de la libre administration.

Le nouvel article 72 alinéa 2 d'abord, garantit l'existence d'un pouvoir règlementaire local[1441]. L'organisation des compétences entre l'Etat et les collectivités territoriales s'organise par ailleurs désormais autour du principe de subsidiarité, selon lequel toutes les compétences à même d'être mieux assurées au niveau local, sont prises en charge par les collectivités[1442]. La gestion des compétences locales est encore renforcée par l'introduction de l'expérimentation normative[1443]. Enfin, l'autonomie financière des collectivités est maintenant garantie à l'article 72-2 de la Constitution, comme l'absence de tutelle entre les entités locales[1444].

Pour autant et plus généralement, la libre administration ne doit pas aller à l'encontre des principes qui découlent de l'Etat unitaire et qui ont eux aussi valeur constitutionnelle. Il s'agit du principe d'indivisibilité de la République comme celui d'égalité, consacrés à l'article 1er de la Constitution[1445] , desquels découlent entre autres, l'unicité du peuple français et l'unité du droit. Il s'agit également de l'existence d'un contrôle administratif de la part de l'Etat sur les activités des collectivités[1446].

Dès lors, la libre administration des collectivités territoriales renvoie tout autant à la nécessité de consacrer véritablement l'autonomie locale, qu'à la préservation des principes de l'Etat unitaire et qui s'opposent par voie de conséquence, à une trop large autonomie des collectivités[1447].

[1441] http://mjp.univ-perp.fr/france/co1958.htm. « *Dans les conditions prévues par la loi, ces collectivités s'administrent librement par des conseils élus et disposent d'un pouvoir réglementaire pour l'exercice de leurs compétences* ».

[1442] Il s'agit de l'article 72 al. 2 : « *Les collectivités territoriales ont vocation à prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en œuvre à leur échelon* ».

[1443] Art. 72 al. 4 : « *Dans les conditions prévues par la loi organique, et sauf lorsque sont en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti, les collectivités territoriales ou leurs groupements peuvent, lorsque, selon le cas, la loi ou le règlement l'a prévu, déroger, à titre expérimental et pour un objet et une durée limités, aux dispositions législatives ou réglementaires qui régissent l'exercice de leurs compétences* ».

[1444] Art. 72 al. 5 : « *Aucune collectivité territoriale ne peut exercer une tutelle sur une autre* ». http://mjp.univ-perp.fr/france/co1958.htm

[1445] « *La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances* ».

[1446] Art. 72 al. 2 : « *Dans les collectivités territoriales de la République, le représentant de l'État, représentant de chacun des membres du Gouvernement, a la charge des intérêts nationaux, du contrôle administratif et du respect des lois* ».

[1447] Voir C. Bacoyannis, *Le principe constitutionnel de libre administration des collectivités territoriales*, *op.cit.*, p. 101.

Finalement, en consacrant au niveau constitutionnel l'autonomie des collectivités territoriales, le pouvoir constituant laisse donc à ceux qui appliquent le texte, le soin d'apprécier les contours des libertés locales. Appelé à se prononcer sur de nombreuses lois où la libre administration est en cause, le Conseil constitutionnel a développé une jurisprudence riche en la matière[1448]. Au cas par cas, le juge nous livre les contours de ce principe juridique tant dans son contenu positif que dans ses limites[1449].

2/ Les deux facettes jurisprudentielles de la libre administration : des implications positives et négatives

Dans les implications positives du principe de libre administration, la jurisprudence du Conseil constitutionnel permet d'identifier plusieurs aspects.

Directement déduit des termes mêmes de la Constitution tout d'abord (l'article 72 prévoit que « *ces collectivités s'administrent librement par des conseils élus*[1450] »), la libre administration des collectivités territoriales signifie que chaque collectivité dispose d'assemblées élues[1451] à qui est confié, l'ensemble des pouvoirs[1452]. De façon appliquée, cette condition induit l'exercice du droit de suffrage et le juge vérifie que l'encadrement législatif de l'organisation des élections locales ne porte pas atteinte à l'autonomie locale. Ainsi, et pour ne prendre qu'un exemple, s'agissant d'une loi qui maintient la durée du mandat des conseillers généraux, leur rééligibilité et leur renouvellement mais qui néanmoins remplace le renouvellement par moitié tous les trois ans au profit d'un renouvellement intégral, le Conseil constitutionnel considère que si le législateur est compétent pour fixer les règles relatives au régime électoral des Assemblées locales, « *il doit se conformer aux principes d'ordre constitutionnel, qui impliquent notamment que les électeurs soient appelés à exercer selon*

[1448] En 1979, le Conseil constitutionnel considère, pour la première fois, qu'un certain nombre de dispositions constitutionnelles « *mettent en œuvre ou consacrent la libre administration des collectivités territoriales*. » Voir C. Constit., n° 79-104 DC, du 23 mai 1979, Rec., p. 27.

[1449] Voir par exemple, sur ce point, D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, 8e éd., Paris, Montchréstien, 2008, p. 246 et suiv. ; J-B. Auby, J-F. Auby, R. Nouguellou, *Droit des collectivités locales*, 5e éd., Paris, PUF, 2008, p.64 et suiv.

[1450] http://www.legifrance.gouv.fr/html/constitution/constitution2.htm#titre12

[1451] C. Constit n°85-196 DC du 8 août 1985, *Ibid*. « *qu'il résulte, d'autre part, de l'article 72 que, pour s'administrer librement, le territoire doit, dans les conditions qu'il appartient à la loi de prévoir, disposer d'un conseil élu doté d'attributions effectives* ». Pour un exemple récent, voir C. Constit., n° 2010-618 DC du 9 décembre 2010, *Loi de réforme des collectivités territoriales*, JO, 17 décembre 2010, p. 22181.

[1452] C. Constit n°85-196 DC du 8 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle Calédonie*, Rec., p. 63.

une périodicité raisonnable leur droit de suffrage[1453] ». Contingentes et susceptibles de recevoir des aménagements variables suivant les cas d'espèce[1454], les règles générales relatives au droit de suffrage au niveau local doivent néanmoins être les mêmes qu'à l'occasion de toute élection politique[1455].

De plus, la libre administration suppose d'accorder un certain nombre de compétences propres aux collectivités territoriales ou pour reprendre les termes utilisés par le Conseil constitutionnel, que chaque collectivité soit dotée « *d'attributions effectives*[1456] ». En ce sens, le juge a pu considérer qu'en décidant d'attribuer aux régions l'ensemble des compétences en matière d'habitat et de transport, la loi dessaisit le département « *de la plus grande partie de ses attributions et de toutes les formes d'association avec la région*[1457] ». A l'inverse, le Conseil a décidé que l'attribution de compétences dans la gestion des ressources humaines au profit de centres de gestion, ne méconnaît pas le principe de libre de libre administration « *dès lors que l'autorité territoriale se prononce librement sur les créations et suppressions d'emplois, procède à la nomination aux grades et emplois de la fonction publique territoriale, décide des positions statutaires, de la notation, de l'avancement d'échelon et des propositions d'avancement de grade, dispose dans les conditions du droit commun de la fonction publique du pouvoir disciplinaire et, après observation de la procédure légale, de la possibilité de licenciement pour insuffisance professionnelle*[1458] ». La collectivité doit ainsi garder la maîtrise de ses nominations et la liberté de décision dans le recrutement des agents.

Enfin, l'une des manifestations essentielles de la libre administration des collectivités territoriales est la consécration de leur autonomie financière. Dans une décision du 25 juillet

---

[1453] C. Constit., n° 90-280 DC du 6 décembre 1990, Rec., p. 84.

[1454] Voir sur ce point, D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p. 246 : « *Ainsi, le Conseil a jugé que la périodicité raisonnable de l'exercice local du droit de suffrage n'était méconnue ni par le renouvellement intégral des conseillers généraux tous les six ans, ni par le retour au renouvellement triennal par moitié, ni par l'allongement d'un an du mandat des conseillers généraux élus en 1994 pour que leur renouvellement coïncide avec les élections municipales afin d'éviter des difficultés de mise en œuvre de l'élection présidentielle* ». Voir C. Constit., n° 90-280 DC du 6 décembre 1990, *op. cit.*. ; C. Constit., n°93-331 DC du 13 janvier 1994, Rec., p. 17 ; C. Constit., n°94-341 DC du 6 juillet 1994, Rec., p. 88.

[1455] C. Constit., n° 82-146 DC du 18 novembre 1982, Rec., p. 66 : « *que ces principes de valeur constitutionnelle s'opposent à toute division par catégories des électeurs ou des éligibles ; qu'il en est ainsi pour tout suffrage politique, notamment pour l'élection des conseillers municipaux* ».

[1456] C. Constit., n°82-149 DC du 28 décembre 1982, Rec., p. 76.

[1457] C. Constit., n°84-174 DC du 25 juillet 1984, Rec., p.48. En revanche souligne M. le Professeur Rousseau, le Conseil considère dans sa décision du 9 mai 1991, « *que l'attribution à la nouvelle collectivité territoriale Corse de compétences en matière d'enseignement, de transport et d'habitat « n'a pas pour conséquence d'affecter de façon substantielle les attributions des deux départements de Corse* ». Voir D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op.cit.*, p. 247.

[1458] C. Constit., n° 83-168 du 20 janvier 1984, *Loi portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale*, JO 21 janvier 1984, p. 368.

1990, le Conseil constitutionnel prend soin de fixer en la matière un cadre général. En effet, il ressort de cette décision que s'il « *appartient au législateur de déterminer les limites à l'intérieur desquelles une collectivité territoriale peut être habilitée à fixer elle-même le taux d'une imposition établie en vue de pourvoir à ses dépenses*[1459] », « *les règles posées par la loi ne sauraient avoir pour effet de restreindre les ressources fiscales des collectivités territoriales au point d'entraver leur libre administration*[1460]». La compétence du législateur pour règlementer les ressources financières des collectivités territoriales est alors encadrée par le juge, en ce sens qu'elle peut correspondre à une restriction de l'autonomie financière des collectivités mais elle ne doit pas conduire à entraver la libre administration des collectivités territoriales. Une telle appréciation varie selon les cas d'espèce. Par exemple, la suppression de la part régionale de la taxe d'habitation qui « *réduit de nouveau la part des recettes fiscales des régions dans l'ensemble de leurs ressources, n'a pour effet ni de restreindre la part de ces recettes ni de diminuer les ressources globales des régions au point d'entraver leur libre administration*[1461] ». De la même manière, la suppression de la vignette automobile réduit la part des recettes fiscales des collectivités territoriales, mais n'a pas « *pour effet ni de restreindre la part de ces recettes ni de diminuer les ressources globales des collectivités concernées au point d'entraver leur libre administration*[1462] ».

Pour finir sur cet aspect, les implications positives du principe de libre administration (toute collectivité doit disposer d'un Conseil élu, chaque collectivité doit être dotée d'attributions effectives, d'une liberté de décision pour le recrutement des agents et la gestion du personnel et disposer de l'autonomie financière) ont pu encore être affinées par un raisonnement *a contrario*. Notamment dans un certain nombre de décisions, la Haute Instance a eu l'occasion de rappeler un certain nombre de cas dans lesquels la loi ne méconnaît pas le principe de libre administration. Par exemple, le juge considère que l'on ne déduit pas automatiquement de la libre administration, la liberté contractuelle des collectivités[1463]. Le Conseil constitutionnel

[1459] C. Constit., n° 90-277 DC du 25 juillet 1990, *Loi relative à la révision générale des évaluations des immeubles retenus pour la détermination des bases des impôts directs locaux*, JO du 27 juillet 1990, p. 9021.
[1460] *Ibid*.
[1461] C. Constit., n° 2000-432 DC du 12 juillet 2000, *Loi de finances rectificative pour 2000*, Rec., p. 104.
[1462] C. Constit., n° 2000-442 DC du 28 décembre 2000, *Loi de finances pour 2001*, Rec., p. 211.
[1463] C. Constit., n° 94-358 DC du 26 janvier 1991, Rec., p. 183 : « *il ne résulte de ces dispositions (article 72 de la Constitution), ni une obligation de contracter à la charge des collectivités concernées, ni de quelque manière que ce soit, une remise en cause des engagements susceptibles d'être pris dans le cadre des contrats État-région* ».

considère également que la libre administration n'interdit pas l'affectation pour partie d'une imposition vers une collectivité au détriment d'une catégorie de collectivités[1464].

S'agissant du second point, le traitement négatif de la libre administration, il signifie que le Conseil constitutionnel fixe des limites à l'exercice de l'autonomie par les collectivités afin de respecter les exigences qui découlent de la forme unitaire de l'Etat. Pour reprendre les termes des Professeurs Auby et Nouguellou sur ce point, la jurisprudence permet d'identifier les « *butoirs constitutionnels de la libre administration*[1465] ».

D'une façon générale, la compétence du législateur pour réglementer la libre administration doit toujours tenir compte, selon le Conseil constitutionnel, du respect des « *prérogatives de l'Etat*[1466] ». Plus précisément, la traduction jurisprudentielle du cadre constitutionnel de l'Etat unitaire décentralisé vise deux directions essentielles : l'autonomie des collectivités territoriales doit préserver l'unité du droit[1467] et l'unité du peuple français.

Tout d'abord dès 1985, le Conseil constitutionnel est explicite s'agissant de l'application uniforme du droit national sur l'ensemble du territoire. A propos d'une disposition législative qui prévoit la possibilité pour l'Etat de s'opposer à la conclusion d'un contrat d'association entre l'Etat et des établissements d'enseignement privé, il relève que le principe de libre administration des collectivités territoriales « *ne saurait conduire à ce que les conditions essentielles d'application d'une loi organisant l'exercice d'une liberté publique dépendent de décisions des collectivités territoriales et, ainsi, puissent ne pas être les mêmes sur l'ensemble du territoire*[1468] ». En d'autres termes, seul l'Etat est responsable des lois qui consacrent les droits et libertés publiques. L'application d'un droit ou d'une liberté ne peut pas dépendre de la politique propre des collectivités dans la mesure où cette application doit concerner l'ensemble du territoire national[1469].

[1464] C. Constit., n° 91-291 DC du 6 mai 1991, Rec., p.40 : « *que si l'article 10 de la loi déférée réduit pour certaines catégories de communes de plus de 10 000 habitants disposant notamment d'un potentiel fiscal par habitant élevé la garantie de progression minimale des attributions de la dotation globale de fonctionnement, les conséquences qui en résultent pour les communes concernées ne peuvent être regardées comme constituant une entrave à la libre administration des collectivités territoriales* ».

[1465] J-B. Auby, J-F. Auby, R. Nouguellou,, *Droit des collectivités locales*, *op. cit.*, p. 70 ; Voir par ailleurs, J.-B. Auby, *La décentralisation et le droit*, Paris, LGDJ, 2006, p. 98 et suiv.

[1466] C. Constit., n° 82-137 DC du 25 février 1982, *op. cit.*

[1467] Il s'agit d'une traduction du principe d'égalité.

[1468] C. Constit., n° 84-185 DC du 18 janvier 1985, Rec., p. 35.

[1469] Dans le même sens voir la décision n° 93-329 DC du 13 janvier 1994, Rec., p. 9 cité par le Professeur Rousseau : « *si aucun principe constitutionnel ne fait obstacle « à l'octroi d'une aide des collectivités publiques*

Par extension, c'est une position analogue qui est suivie par le Conseil constitutionnel concernant l'exercice par les collectivités territoriales, du pouvoir règlementaire. Il ne doit pas conduire à l'application différenciée de dispositions législatives relatives à un droit ou une liberté publique[1470]. L'octroi d'un pouvoir règlementaire au profit des collectivités territoriales est alors fortement encadré et le pouvoir central doit demeurer source exclusive dans la production du droit. Il s'agit d'une compétence subordonnée, c'est-à-dire qu'il est lié à une habilitation législative[1471] et les modalités règlementaires d'application d'une loi ne sauraient conduire à l'impossibilité d'une intervention du pouvoir règlementaire national[1472].

Cette subordination se manifeste encore dans la possibilité d'un contrôle administratif des actes des collectivités territoriales afin de garantir le respect du droit national et le Conseil constitutionnel s'assure toujours de la possibilité d'un tel contrôle dans l'appréciation de la constitutionnalité des lois[1473].

S'agissant enfin de l'étendue des compétences des collectivités, le Conseil constitutionnel rappelle qu'il ne s'agit pas d'accorder aux collectivités un pouvoir normatif propre. Dans un premier temps, le juge a censuré une disposition du Code général des collectivités territoriales

---

aux établissements d'enseignement privé », en revanche, l'absence de définition légale des « critères objectifs » d'attribution de l'aide est contraire à la Constitution en ce qu'elle prive le principe d'égalité des « garanties nécessaires », puisque l'exercice de la liberté de l'enseignement dépendrait des décisions des collectivités territoriales et pourrait, en conséquence, ne pas être la même sur l'ensemble du territoire ». D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit*., p. 248.

[1470] Voir par exemple, C. Constit., n° 96-373 DC du 9 avril 1996, Rec., p. 43 : « *Considérant que la prise en compte de l'organisation particulière des territoires d'Outre-mer ne saurait conduire le législateur à doter les autorités du territoire de la Polynésie française du pouvoir de fixer les règles afférentes à la recherche des preuves des infractions aux réglementations territoriales et des auteurs desdites infractions, mesures de nature à affecter la liberté individuelle, dès lors que les conditions essentielles de mise en oeuvre des libertés publiques doivent être les mêmes sur l'ensemble du territoire de la République ; qu'il s'ensuit que les mots "et des procédures relatives à la constatation des infractions aux réglementations territoriales" doivent être déclarés contraires à la Constitution* ».

[1471] En ce sens, voir C. Constit., n° 2001-454 DC du 17 janvier 2002, *Loi relative à la Corse*, JO du 23 janvier 2002, p. 1526 : « *Considérant, d'une part, que les dispositions précitées du premier alinéa du II du nouvel article L. 4424-2 du code général des collectivités territoriales doivent être entendues comme rappelant que le pouvoir réglementaire dont dispose une collectivité territoriale dans le respect des lois et des règlements ne peut s'exercer en dehors du cadre des compétences qui lui sont dévolues par la loi ; qu'elles n'ont ni pour objet ni pour effet de mettre en cause le pouvoir réglementaire d'exécution des lois que l'article 21 de la Constitution attribue au Premier ministre sous réserve des pouvoirs reconnus au Président de la République par l'article 13 de la Constitution* ».

[1472] *Ibid.* : « *Considérant, d'autre part, que les deuxième et troisième alinéas du II du même article L. 4424-2 se bornent à préciser la procédure que doit suivre et les conditions que doit respecter la collectivité territoriale de Corse pour demander à être habilitée par le législateur à définir les modalités d'application d'une loi au cas où il serait nécessaire d'adapter les dispositions réglementaires nationales aux spécificités de l'île ; qu'en particulier, ils indiquent que la demande d'habilitation ne peut concerner que les compétences qui sont dévolues à cette collectivité par la partie législative du code général des collectivités territoriales ; qu'ils excluent par ailleurs une telle demande si l'adaptation sollicitée est de nature à mettre en cause l'exercice d'une liberté individuelle ou d'un droit fondamental* ».

[1473] Dans une décision du 25 février 1982, par exemple, il rappelle que « *l'intervention du législateur est subordonnée à la condition que le contrôle administratif prévu par l'article 72, alinéa 3, permette d'assurer le respect des lois et, plus généralement, la sauvegarde des intérêts nationaux* ». Voir C. Constit., n° 82-137 DC du 25 février 1982, *Loi relative aux droits et libertés des communes, des départements et des* régions, Rec., p. 38.

qui prévoyait en faveur de l'Assemblée de Corse, la possibilité devant des difficultés d'application de la législation nationale liées aux spécificités de l'île, d'adopter à titre expérimental des mesures du domaine de la loi et dérogeant éventuellement à la législation nationale[1474]. Néanmoins, avec l'introduction de l'expérimentation normative[1475] au sein de la Constitution, cette position a été tempérée. Amené à se prononcer sur la loi organique qui organise les modalités d'application de l'expérimentation, le Conseil constitutionnel considère qu'aucun principe constitutionnel ne s'oppose à la possibilité de confier à titre expérimental aux collectivités territoriales, le soin d'adopter temporairement des mesures qui dérogent à la loi[1476].

Pour terminer, l'unité s'étend également au travers de l'unicité du peuple français, principe déduit par le Conseil, des dispositions du Préambule de la Constitution. Sur ce fondement, le juge a estimé contraire à la Constitution, une disposition qui distinguait le peuple corse de l'ensemble des français[1477]. Le peuple français est composé de tous les citoyens français sans distinction d'origine, de race ou de religion. Ainsi, l'identification d'une notion constitutionnelle de peuple par le juge, lui a permis de déduire un certain nombre de conséquences juridiques. Dans la mesure où certaines dispositions confèrent « *des droits spécifiques à des « groupes » de locuteurs de langues régionales ou minoritaires, à l'intérieur de "territoires" dans lesquels ces langues sont pratiquées*[1478] », elles portent atteintes à la fois aux principes d'indivisibilité, d'égalité devant la loi et d'unicité du peuple français. Aucune partie de la population ne doit donc se voir reconnaître une quelconque spécificité qui pourrait

[1474] C. Constit., n° 2001-454 DC du 17 janvier 2002, *Loi relative à la Corse*, Rec., p. 80.

[1475] Art. 72 al. 4 : « *Dans les conditions prévues par la loi organique, et sauf lorsque sont en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti, les collectivités territoriales ou leurs groupements peuvent, lorsque, selon le cas, la loi ou le règlement l'a prévu, déroger, à titre expérimental et pour un objet et une durée limités, aux dispositions législatives ou réglementaires qui régissent l'exercice de leurs compétences* ».

[1476] C. Constit., n° 2003-478 DC du 30 juillet 2003, Rec., p. 406 : « *Considérant que rien ne s'oppose, sous réserve des prescriptions des articles 7, 16 et 89 de la Constitution, à ce que le pouvoir constituant introduise dans le texte de la Constitution des dispositions nouvelles qui, dans les cas qu'elles visent, dérogent à des règles ou principes de valeur constitutionnelle ; que tel est le cas des dispositions précitées du quatrième alinéa de l'article 72 de la Constitution issues de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 susvisée, qui, par exception à l'article 34 de la Constitution et au principe d'égalité devant la loi, permettent, dans certains cas, au Parlement d'autoriser temporairement, dans un but expérimental, les collectivités territoriales à mettre en oeuvre, dans leur ressort, des mesures dérogeant à des dispositions législatives et susceptibles d'être ultérieurement généralisées* ».

[1477] C. Constit., n° 91-290 DC du 9 mai 1991, *Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse*, JO du 14 mai 1991, p. 6350.

[1478] C. Constit., n° 99-412 DC du 15 juin 1999, *Charte européenne des langues régionales ou minoritaires*, JO du 18 juin 1999, Rec., p. 8964.

la distinguer du reste de la communauté nationale et le principe d'unicité suppose un traitement uniforme de l'ensemble des citoyens qui composent le peuple français.

B/ Le « principe doctrinal » de libre administration, une suite de décisions d'espèce

D'une façon générale, les manuels de droit constitutionnel accordent un traitement différent à ce que Louis Favoreu appelle dès 1982 « *le droit constitutionnel local* » et pour lequel il prédit une place importante dans la littérature juridique dans les années à venir[1479]. Notamment, à l'occasion de l'étude de l'organisation territoriale de la Ve République, si le processus de décentralisation en France est analysé, l'angle d'attaque est variable[1480]. Certains manuels s'intéressent plus particulièrement, à la notion de peuple depuis les décisions du Conseil constitutionnel relatives à la Corse[1481], d'autres interrogent les relations entre la métropole et les collectivités d'outre-mer[1482] ou se contentent d'une description des différentes formes d'Etat sans développer l'évolution française[1483].

Pourtant, reposant assez largement sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel, l'évolution de la décentralisation en France mérite d'être clarifiée à moins de s'en tenir à un ensemble de solutions d'espèce. Si la doctrine le plus souvent ne parvient pas à saisir de façon synthétique le droit positif en vigueur, c'est d'abord parce qu'en amont, relève le Professeur Auby, « ***on ne peut pas dire que le juge constitutionnel et le juge administratif aient fait de très grands efforts pour faire produire du sens aux normes constitutionnelles et pour bâtir à partir d'elles une construction générale sur la décentralisation***[1484] ». En effet, au travers de son analyse de la jurisprudence constitutionnelle relative au principe de libre administration, l'auteur considère que le Conseil constitutionnel n'a pas véritablement contribué à déterminer avec précision, l'acception de la libre administration des collectivités territoriales. Pour

[1479] L. Favoreu, « Décentralisation et Constitution », *op. cit*.
[1480] Pour une place substantielle, voir par exemple, V. Constantinesco, S. Pierré-Caps, *Droit constitutionnel*, 2e éd., Paris, PUF, coll. Thémis, 2006, 586 p. ; B. Mathieu, M. Verpeaux, *Droit constitutionnel*, 1ere éd., Paris, PUF, coll. Droit Fondamental, 2004, 874 p.
[1481] P. Pactet, F. Mélin-Soucramanien, *Droit constitutionnel*, 25e éd., Paris, Sirey, 2006, p.330 et suiv.
[1482] Voir, par exemple, M. De Guillenchmidt, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 2e éd., Paris, Economica, 2008, p. 437 et suiv.
[1483] D. Turpin, *Droit constitutionnel*, Paris, Quadrige, 2003 ; C. Debbasch, J. Bourdon, J-M. Pontier, J-C. Ricci, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Economica, 2001, p. 526 et suiv.
[1484] J- B. Auby, *La décentralisation et le droit*, Paris, LGDJ, 2006, p. 98.

l'expliquer, le Professeur Auby s'efforce de montrer que la jurisprudence en la matière aurait tout à la fois, un caractère « *négatif, incertain et latéral*[1485] ».

La politique jurisprudentielle du conseil constitutionnel est d'abord « *latérale* » en ce sens, que les décisions concernant la libre administration ont régulièrement pour objet de statuer sur la compétence du législateur dans la détermination des principes fondamentaux de la libre administration sur le fondement de l'article 34 de la Constitution.

Elle est également négative dans la mesure où les différentes espèces jugées permettent davantage de connaître quelles sont les limites du principe de libre administration, les limites liées à la préservation des principes d'indivisibilité ou d'égalité, que son contenu réel et positif[1486].

La jurisprudence est enfin incertaine compte tenu, toujours selon le Professeur Auby, du manque de substance des décisions du Conseil constitutionnel. En effet, s'agissant des décisions dans lesquelles le Conseil a reconnu une violation de la libre administration, leur portée ne permet pas d'aller au-delà des dispositions particulières censurées. Pour reprendre les termes de l'auteur sur ce point, « ***elles sont trop « au ras » (…) pour qu'il soit possible d'en déduire des règles générales un tant soit peu précises***[1487] ». Bien souvent, le Conseil constitutionnel livre au gré des espèces une facette supplémentaire de la notion constitutionnelle de « *libre administration* » et s'en tient aux aspects impliqués par l'environnement factuel et empirique de la décision.

Finalement et pour toutes ces raisons, l'analyse contemporaine de la libre administration des collectivités territoriales prend la forme d'un ensemble de décisions du Conseil constitutionnel, délicat à synthétiser. Dès lors, les tentatives de définition générale de la libre administration des collectivités territoriales apparaissent pour la plupart d'entres elles, peu convaincantes. Si le Professeur Michel Verpeaux considère « *qu'il n'existe pas de définition de la libre administration*[1488] », une partie de la doctrine essaye néanmoins de définir cette notion. Pour ne prendre que quelques exemples significatifs, à l'entrée « *libre administration* », on trouve dans le « *lexique des collectivités locales* », la définition suivante : « *le principe de libre administration des collectivités territoriales étant de valeur constitutionnelle, le loi peut le mettre en œuvre mais ne saurait le mettre en cause. Il confère*

[1485] *Ibid.*, p.100.

[1486] Parallèlement, le juge n'a pour le moment constaté qu'à quatre occasions, une violation du principe de libre administration. Sur ces décisions, *Ibid*., p. 100. Voir par ailleurs, L. Favoreu, A Roux, « La libre administration des collectivités territoriales est-elle une liberté fondamentale ? », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2002, n° 12, p. 88.

[1487] J.-B. Auby, *la décentralisation et le droit*, *op.cit.*, p. 101.

[1488] Voir M. Verpeaux, *Droit des collectivités territoriales*, 2e éd., Paris, PUF, 2008, p. 99.

aux collectivités locales une grande latitude d'action dans l'exercice de leurs compétences, sous réserve que cet exercice ne contrevienne pas aux règles constitutionnelles concernant les attributions du législateur, l'indivisibilité de la République, l'intégrité du territoire ou l'organisation des pouvoirs publics[1489] ». Le *Dictionnaire constitutionnel* » quant à lui, retient que la libre administration « *désigne un certain nombre de prérogatives et de compétences dont la Constitution garantit l'exercice aux autorités des diverses collectivités territoriales, non seulement dans les rapports de celles-ci avec l'Etat mais aussi dans leurs relations entre elles*[1490] ».

A propos de la signification du principe, le dictionnaire renvoie à la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui en a fait une norme de référence pour l'examen de la conformité des lois à la Constitution[1491]. « *En l'état actuel* » donc, « *le principe de libre administration exige que les collectivités territoriales soient administrées par des assemblées délibérantes élues par les citoyens de la même manière selon les catégories de collectivités territoriales (à l'exception des TOM), disposant de compétences effectives et de ressources qu'elles peuvent utiliser sans contraintes excessives de la part de l'Etat. Le contenu du principe de libre administration peut être affecté par la nécessité de concilier ce principe avec d'autres principes de valeur constitutionnelle* (…)[1492]».

Pour ce qui est ensuite, de l'analyse *a posteriori* de la jurisprudence du Conseil, elle traduit également l'empirisme du juge en la matière[1493]. En effet, l'essentiel des développements doctrinaux relatifs à la libre administration consiste à décrire la succession des décisions du Conseil constitutionnel et demeure généralement analytique.

On trouve par exemple au sein du manuel de contentieux constitutionnel du Professeur Rousseau, une partie qui s'intéresse aux « *grandes politiques jurisprudentielles*

[1489] P. Gérard, *Lexique des collectivités locales*, Paris, PUF, 1995, p. 72.

[1490] O. Duhamel, Y. Mény, *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, PUF, 1992, p. 591.

[1491] *Ibid.* : « *En fait, l'expression n'a reçu la signification qu'elle a aujourd'hui qu'à partir du moment où le Conseil constitutionnel l'a utilisée comme norme de référence pour contrôler la conformité des lois à la Constitution.* (…) *Le contenu du principe constitutionnel de l'administration des collectivités territoriales a été progressivement précisé par le Conseil constitutionnel dans une série très importante intervenue au cours des années quatre- vingt, et l'évolution n'est pas encore achevée. Il en avait aussi dessiné les contours, mais d'une autre manière, au cours des années soixante et soixante- dix, en s'appuyant sur ce principe pour étendre au maximum la compétence législative en matière de collectivités territoriales* ».

[1492] *Ibid*., p. 592.

[1493] Voir sur ce point, M. Verpeaux, *Droit des collectivités territoriales, op. cit.*, p. 101 : « *C'est ainsi, au gré des lois, chaque loi apportant une pierre supplémentaire à l'œuvre de définition, et des décisions du Conseil, que le principe de libre administration peut être nourri de manière concrète et ne peut pas être seulement une sorte de « proclamation de principe », à l'apparence libérale mais au contenu vide. Si l'existence précède l'essence, l'intervention du législateur, contrôlée par le juge constitutionnel, donne petit à petit un sens à la disposition constitutionnelle* ».

constitutionnelles », parmi lesquelles les « *principes d'organisation institutionnelle de la République*[1494] ». Amené à s'intéresser au « *contenu du principe de libre administration locale* », l'auteur rappelle la compétence du législateur pour déterminer les principes fondamentaux sur le fondement de l'article 34 de la Constitution et précise qu'il doit toujours s'assurer de ne pas trop restreindre l'autonomie locale, au risque de heurter la libre administration[1495]. Renvoyant au Conseil constitutionnel le soin de faire respecter l'autonomie des collectivités au sein de l'Etat unitaire, à travers l'utilisation du principe de libre administration, le Professeur Rousseau décrit la démarche du juge : « ***le Conseil doit déterminer lui-même, cas par cas, le seuil à partir duquel l'autonomie locale est méconnue par les règles d'administration définies par la loi. Ce qui s'impose au législateur apparaît donc au fil des décisions dont chacune contribue à préciser le sens et le contenu du principe de décentralisation***[1496] ».

Davantage, il apparaît intéressant de souligner la démarche formelle avec laquelle le Professeur Rousseau retranscrit la présentation du principe jurisprudentiel de libre administration. Ainsi, considère l'éminent juriste, on sait de façon positive, que « ***respecter la libre administration signifie d'abord* (…), *respecter la libre administration signifie encore* (…), *respecter la libre administration signifie aussi* (…)**[1497] ». De façon négative, un certain nombre de principes constitutionnels doivent être conciliés avec la libre administration.

Dans le même sens, le manuel des Professeurs Auby et Noguellou, *Droit des collectivités locales*, traite des différentes implications du principe de libre administration et se contente des différentes décisions du Conseil selon trois domaines : « *le statut des organes locaux, les compétences locales et l'autonomie financière*[1498] ».

A défaut donc, de parvenir à rassembler la suite des décisions du Conseil constitutionnel relative à la libre administration sous ses différentes facettes, la doctrine se contente d'énumérer chaque décision ayant le même objet et susceptible d'apporter une précision nouvelle au droit de la décentralisation. Pour le moment, la doctrine renonce à conceptualiser la jurisprudence du Conseil constitutionnel et se contente d'une description empirique[1499].

[1494] D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, 8e éd., Paris, Monchrestien, 2008, p. 245.

[1495] *Ibid*., p. 246 : « *en d'autres termes, le législateur a compétence pour mettre en œuvre ce principe, non pour le mettre en cause* ».

[1496] *Ibid*., p. 246.

[1497] *Ibid*., p. 241 et suiv.

[1498] J-B. Auby, J-F. Auby, R. Nouguellou, *Droit des collectivités locales*, *op. cit.*, p. 65 et suiv.

[1499] Le manuel de Louis Favoreu est quant à lui un peu plus synthétique puisqu'il aborde pour appréhender le principe de libre administration à travers la jurisprudence du Conseil constitutionnel, *les garanties institutionnelles de la libre administration* (§1) ; *les moyens de la libre administration* (§2) et *le domaine de la*

§2/ L'Etat souverain consent à des transferts de compétences au profit d'organisations internationales

Défendant initialement avec vigueur le principe de souveraineté nationale, le Conseil constitutionnel a par la suite su l'adapter pour permettre la progression de la participation de la France à la société internationale. Essentiellement, le Conseil a réussi à affiner le contenu de la souveraineté à travers la défense de ses caractéristiques essentielles et s'est efforcé de suivre, de façon pragmatique, l'évolution du droit et de l'Etat au niveau international (A). Pour cette raison, l'analyse doctrinale de la souveraineté à l'heure actuelle porte elle-aussi la marque d'un principe évolutif et empirique (B).

A/ Une redéfinition jurisprudentielle du principe de souveraineté : la notion de « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté »

Si la notion de souveraineté a longtemps permis d'assurer l'indépendance et l'autorité suprême de l'Etat à l'intérieur comme à l'extérieur de ses frontières[1500], l'évolution du droit

---

libre administration (§3). Voir L. Favoreu et *alii*, *Droit constitutionnel*, 11e éd., Paris, Dalloz, 2008, p. 447 et suiv.

[1500] Le terme de souveraineté renvoie à la figure d'une nouvelle forme d'organisation du pouvoir politique – l'Etat -, qui s'est construite au sortir de la période féodale et qui ne cessera d'être confortée jusqu'au XXe siècle. La notion de souveraineté est dotée, dès la fin du XVIe siècle, de la plupart de ses traits majeurs.
Synthétisée par Jean Bodin à travers *Les six livres de la République* en 1576, il est en effet tout à fait intéressant de constater que par delà les évolutions historiques, les changements politiques ou les fondements théoriques, la souveraineté, pouvoir suprême définitivement lié à l'Etat, sera toujours confortée dans ses caractéristiques fondamentales. L'Etat moderne s'impose désormais comme le détenteur d'un pouvoir suprême et absolu qui commande en retour, une obéissance inconditionnée. Il impose sa puissance qui ne serait avoir d'égal sur le territoire national et le titulaire de la souveraineté n'est soumis à aucun contrôle d'une quelconque autorité. Cette notion de souveraineté va ainsi asseoir la monopolisation du pouvoir entre les mains d'une entité unique tout au long de l'histoire nationale.
La première et la plus importante de toutes les conséquences de la souveraineté a été de placer entre les mains d'un seul organe, le monarque, la responsabilité exclusive du Bien commun. La condition d'existence d'un Etat, nous dit Bodin, est qu'elle repose sur une puissance de commandement, une autorité suprême et commune, que l'on appelle souveraineté. Mais surtout cette puissance ne se divise pas. Etant le principe par lequel la société trouve son unité, elle est concentrée en un seul lieu : « *la souveraineté est la puissance absolue et perpétuelle d'une République* ». Indivisible et inaliénable, voici deux des traits essentiels de la souveraineté qui ne cesseront d'être confortés par la suite. Voir J. Bodin, *Les six livres de la République*, Lyon, impr. de Jean de Tournes, 1579, 759 p.
Comme Bodin, les théories du contrat social développées aux XVIe et XVIIe siècles conceptualisent un pouvoir non partagé, à travers le transfert de l'ensemble des pouvoirs détenus par les individus à l'état de nature vers le titulaire de la souveraineté à l'Etat civil. Partisan de l'unité du pouvoir entre les mains du monarque, Bodin décrit une souveraineté absolue, une puissance de commandement perpétuelle ; Hobbes légitime la toute puissance du « *souverain Léviathan* », doté de la souveraineté indivisible et inaliénable permettant de préserver la paix et la sécurité, but premier des individus ; Rousseau fait du peuple constitué comme un ensemble, le détenteur exclusif du pouvoir souverain.

positif va aujourd'hui très clairement dans le sens d'un partage de compétences de l'Etat français avec un certain nombre d'organisations internationales[1501]. Très précisément, de nombreuses révisions de la Constitution introduisent[1502] dans le droit, des règles qui sous l'effet des engagements internationaux auxquels la France est partie, correspondent à des limitations à la souveraineté de l'Etat (1). Afin d'accompagner ces mutations tout en préservant néanmoins la maîtrise des compétences de l'Etat, le Conseil constitutionnel a fait de la notion de « *conditions essentielles d'exercice de la souveraineté* », l'étalon principal de son contrôle de la conformité des engagements internationaux à la Constitution (2).

1/ Constitution et engagements internationaux : l'admission constitutionnelle d'une « souveraineté partagée »

La Constitution consacre assez largement et au travers de plusieurs dispositions, le principe de souveraineté. Précisément, le Préambule de la Constitution de 1958 renvoie au principe de souveraineté nationale tel que défini par la Déclaration des droits de l'homme et selon lequel le peuple français proclame son « *attachement aux droits de l'homme et aux principes de la*

Définie comme la plus grande force, la capacité à s'imposer à tout autre pouvoir, la souveraineté est ainsi dotée des mêmes caractéristiques chez tous les auteurs classiques, quelque soit le titulaire et les visées de leur théorie politique. Voir, not., Th. Hobbes, *Léviathan, Traité de la matière, de la forme et du pouvoir de la République ecclésiastique et civile* (1651), Paris, Dalloz, 1999, 780 p. ; J-J. Rousseau, *Du contrat social* (1762), Paris, Flammarion, 1996.

On remarque, ainsi, une formidable continuité théorique dans la conception de la souveraineté et la notion est confirmée à travers l'évolution historique de la monarchie vers l'absolutisme et dans la consolidation de la République : définitivement la souveraineté, attribut essentiel de l'Etat est une, indivisible et inaliénable. L'article 3 alinéas 1 et 2 du Titre 1er de la Constitution de 1958 précise en ce sens que « *la souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du referendum. Aucune section du peuple, ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice* ».

La souveraineté a servi de fondement conceptuel à des régimes différents, le même principe a été utilisé pour justifier deux périodes distinctes - le passage de souveraineté royale à la souveraineté nationale -, mais entre les deux, pas de transformation du concept. Cet héritage a pesé sur les conceptions contemporaines de la souveraineté et s'oppose assez largement à un quelconque partage du pouvoir.

[1501] Le droit international s'est forgé sa propre définition de la souveraineté et c'est la raison pour laquelle, on parle parfois de souveraineté interne et de souveraineté internationale. Dans l'ordre international, la souveraineté est le caractère de l'Etat « *signifiant qu'il n'est soumis à aucun autre pouvoir de même nature* (…) *La souveraineté extérieure, ou indépendance, est le pouvoir pour une société d'homme de se conduire, régir et diriger en dehors d'elle-même, avec une pleine et entière liberté, à l'exclusion de toute contrainte étrangère. Elle se traduit et s'affirme dans les relations entre Etats. A elle seule se réfère le droit international public* ». En d'autres termes, la souveraineté au niveau externe, se confond avec l'indépendance : un Etat souverain est celui qui ne s'engagera vis-à-vis d'un autre Etat que parce qu'il y consentira expressément ou tacitement. La société internationale ne connaît que des Etats également souverains en droit. L'enjeu principal de la souveraineté est de définir les règles du jeu entre les Etats dans les relations internationales. Indépendance et égalité juridique constituent les piliers de la souveraineté au niveau externe. L'Etat en toute indépendance, décide de se lier à d'autres Etats, au sein d'institutions internationales communes. Voir, sur cet aspect, J. Salmon, G. Guillaume (Dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, 198 p.

[1502] Voir, sur ce point, *Supra.*, 1re partie, titre 2, chapitre 2.

souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946[1503] ». L'article 3 de la Déclaration quant à lui, précise que « *le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation* » et enfin l'article 3 de la Constitution prévoit que « *la souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum*[1504] ». Qu'il s'agisse alors de la question du titulaire, des modalités de son expression ou de ses caractéristiques, c'est d'abord dans son acception interne, que la souveraineté est envisagée.

Pourtant l'ensemble de ces dispositions doit dorénavant être mis en perspective avec celles qui consacrent la participation de la France au développement d'organisations internationales. Elles sont d'abord inscrites dans le Préambule de la Constitution de 1946 précisant dans ses quatorzième et quinzième alinéas, que la République française se « *conforme aux règles du droit public international* » et que « *sous réserve de réciprocité, la France consent aux limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix*[1505] ».
Dans le cœur même de la Constitution, le Titre VII relatif aux « *Traités et accords internationaux* », contient un article 53-2 qui prévoit que « *La République peut reconnaître la juridiction de la Cour pénale internationale dans les conditions prévues par le traité signé le 18 juillet 1998*[1506] » et l'article 55 dispose que « *Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie*[1507] ». De la même manière, le Titre XV de la Constitution, relatif à la participation de la France aux Communautés européennes et à l'Union européenne, consacre un article 88-1 aux termes duquel « *la République participe aux Communautés européennes et à l'Union européenne, constituée d'Etats qui ont choisi librement, en vertu des traités qui les ont instituées, d'exercer en commun certaines de leurs compétences*[1508] ».
Ces dispositions de valeur constitutionnelle impliquent ainsi un partage de compétences et une limitation de l'exercice de la souveraineté étatique en matière notamment de justice ou de défense et la soumission de la loi au droit né des traités internationaux.

[1503] Voir le texte de la Constitution, disponible sur le site du Conseil constitutionnel à l'adresse suivante : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-du-4-octobre-1958/acces-par-titres.5110.html
[1504] *Ibid.*
[1505] *Ibid.*
[1506] *Ibid.*
[1507] *Ibid.*
[1508] *Ibid.*

Par delà la conciliation nécessaire entre les différentes dispositions constitutionnelles qui consacrent à la fois le principe de souveraineté nationale et la possibilité de transferts de compétences au profit d'organisations internationales, l'utilisation du principe de souveraineté pose d'emblée, un problème de définition.

Tout d'abord, cette notion figure dans différents textes d'inspiration totalement différente. En pratique en effet, la Déclaration des droits de l'homme de 1789 consacre la souveraineté dans son sens originaire, c'est-à-dire le caractère suprême d'une puissance qui s'impose à toute autre autorité sur le territoire national. D'un autre côté, en autorisant les limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix, le Préambule de la Constitution de 1946 retient une acception de la souveraineté, entendue comme un ensemble de compétences et de fait, s'écarte de la souveraineté de l'Etat-nation. Enfin la Constitution de 1958 proclame son titulaire et rappelle les caractéristiques fondamentales de la souveraineté.

Dès lors, tout l'enjeu de l'interprétation des sources constitutionnelles est de faire de la souveraineté renouvelée et adaptée aux réalités contemporaines, l'étalon qui permet de garantir à l'Etat la maîtrise de ses prérogatives essentielles, tout en favorisant néanmoins l'exercice partagé de compétences avec des institutions internationales. L'analyse des décisions du Conseil constitutionnel permet sur ce point, de considérer que c'est au travers de la notion jurisprudentielle de « *conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale* », que le juge a traduit cet objectif.

2/ Le pragmatisme du juge constitutionnel et la notion de « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale »

Saisi pour la première fois sur la base de l'article 54 de la Constitution[1509] qui permet au Conseil constitutionnel de vérifier qu'un engagement international ne comporte aucune clause contraire à la Constitution avant d'être ratifié par l'Etat français, le Conseil constitutionnel, dans une décision du 19 juin 1970[1510], s'est prononcé sur le Traité portant modification de

[1509] « *Si le Conseil constitutionnel, saisi par le président de la République, par le premier ministre, par le président de l'une ou l'autre assemblée ou par soixante députés ou soixante sénateurs, a déclaré qu'un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, l'autorisation de ratifier ou d'approuver l'engagement international en cause ne peut intervenir qu'après la révision de la Constitution* ». http://mjp.univ-perp.fr/france/co1958.htm#VII

[1510] C. Constit., n° 70-39 DC du 19 juin 1970, *Traité signé à Luxembourg le 22 avril 1970 portant modification de certaines dispositions budgétaires des traités instituant les communautés européennes et du traité instituant*

certaines dispositions budgétaires des traités instituant les Communautés européennes, du traité instituant un conseil unique et une commission unique des communautés européennes, ainsi que de la décision du Conseil des communautés relative au remplacement des contributions des Etats membres par des ressources propres aux Communautés.

Examinant en premier lieu la constitutionnalité du Traité[1511] et de la décision du Conseil des Communautés, le Conseil constitutionnel considère qu'elles n'affectent pas l'équilibre des relations entre la Communauté européenne et les Etats membres. Modifiant uniquement l'équilibre institutionnel communautaire, ces dispositions sont qualifiées par le juge, de mesures d'application des dispositions des traités constitutifs déjà ratifiés par la France[1512]. L'argumentation du Conseil repose alors sur le caractère de réciprocité des deux engagements. En d'autres termes, l'Etat n'a rien abandonné à une autorité qui lui est supérieure, il a simplement accepté de mettre en commun des pouvoirs dans le cadre de la construction communautaire[1513].

S'agissant de la décision du Conseil des communautés qui concerne l'octroi de ressources propres aux Communautés en lieu et place des contributions des Etats membres, le Conseil constitutionnel relève « *que dans le cas d'espèce, ne peut porter atteinte, ni par sa nature, ni par son importance, aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale*[1514] ». Pragmatique, cette position qui retient pour la première fois la notion de « *conditions*

---

un conseil unique et une commission unique des Communautés européennes des Communautés européennes et décision du Conseil des Communautés européennes en date du 21 avril 1970, relative au remplacement des contributions des Etats membres par des ressources propres aux Communautés, Rec., p. 15.

[1511] Alors que le traité n'était que la conséquence de la décision, note M. Ruzié : « *le Conseil constitutionnel a, sans doute, voulu insister sur la procédure classique du traité interétatique, qui prend ainsi le pas, à ses yeux, sur une décision, acte d'une institution internationale* ». Voir D. Ruzié, note sur C. Constit., n° 70-39 DC du 19 juin 1970, *JCP*, 1970, I, p. 2354.

[1512] Proche des arguments développés par le Premier Ministre sur ce point, ce dernier considère que « *pour autant qu'il s'agisse du problème de la conformité de la Constitution française, la décision du 21 avril n'introduit pas d'élément nouveaux par rapport aux traités de Rome eux-mêmes. Or ces traités ont été régulièrement ratifiés et introduits dans l'ordre juridique interne français* ».

[1513] Le Premier Ministre considère que « *la décision du 21 avril 1970 n'est qu'un développement naturel des principes contenus dans le Traité de Rome ainsi que dans le règlement n° 25 susmentionné, que d'autre part, les conséquences de cette décision sur l'ordre juridique interne français ne sont pas d'une nature différente de celles qui découlent de l'application de nombreuses autres dispositions des traités et du droit communautaire* ». http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/depuis-1958/decisions-par-date/1970/70-39-dc/premier-ministre.41817.html

[1514] C. Constit., n° 70-39 DC du 19 juin 1970, *op. cit.*

Par sa nature, la décision du Conseil des Communautés n'affecte pas les conditions essentielles de la souveraineté nationale dans la mesure où elle n'était qu'une mesure d'application de traités ratifiés par la France. S'agissant de l'importance de la mesure, cet aspect n'apparaît pas dans la motivation de juge.

Dans leur commentaire, les Professeurs Favoreu et Philip montrent que le critère de l'importance ne pose pas davantage de problème du fait du poids des conséquences pratiques de la décision soumise à l'examen du Conseil constitutionnel: « *on a évalué à 2,5% du budget national les sommes qui ne transiteront plus par le Parlement français en 1975* » ; « *le Conseil constitutionnel a sans doute pris en considération le fait qu'il ne s'agissait pas d'un impôt particulier aux Communautés européennes mais d'une simple affectation d'une part d'un impôt national, la T. V. A* ».

essentielles d'exercice de la souveraineté nationale », repose, la décision est explicite, sur l'évaluation de la nature et de l'importance de la mesure.

Sur le premier point, la nature de la décision du Conseil des communautés, M. Foyer, rapporteur pour avis de la Commission des lois, défendait une position contraire et considérait que la compétence transférée - compétence fiscale - à une instance internationale est une compétence qui appartient au seul Parlement français sur le fondement de l'article 34 de la Constitution[1515]. Ce pouvoir de lever l'impôt représenterait de surcroît pour lui, l'exercice de la souveraineté nationale[1516]. En réalité, le Conseil constitutionnel ne suggère pas que l'objet de la décision en cause ne ressort pas de l'une des manifestations essentielles de la souveraineté d'un Etat. C'est la nature de cette décision qui est appréciée par le juge constitutionnel, c'est-à-dire une mesure d'application des traités d'ores et déjà ratifiés par la France et qui permet au Conseil des communautés statuant à l'unanimité, d'adopter une décision qui s'appliquera dans le respect des règles constitutionnelles de chaque Etat membre. Pour le dire différemment, c'est la nature formelle, par opposition à sa nature matérielle, de la décision qui est appréciée par le juge constitutionnel.

Par ailleurs, à propos de l'importance de la mesure en cause, le fait que les conséquences de la décision n'impliquent que 2,5% du budget national ne permet pas en l'espèce, d'y voir une atteinte aux compétences essentielles de l'Etat en matière fiscale[1517].

C'est donc un contrôle par degré qui est effectué par le juge. Le transfert de compétences vers les organisations internationales dans des domaines qui relèvent de la souveraineté des Etats est possible, mais compte tenu d'une appréciation de la nature des mesures et de leur importance, ces transferts peuvent porter atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale. Ainsi, n'explicitant pas davantage, dans ses visas, quelles sont précisément les dispositions constitutionnelles qui permettent de dégager la notion de

---

[1515] L'article 34 de la Constitution prévoit en effet, que : « *La loi fixe les règles concernant l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures* ». http://mjp.univ-perp.fr/france/co1958.

[1516] Sur les arguments développés par M. Foyer, voir Ch. Rousseau, note sur C. Constit. , n° 70-39 DC du 19 juin 1970, *RGDIP*, 1971, p. 239.

[1517] « *Considérant, que dans le cas d'espèce, elle ne peut porter atteinte, ni par sa nature, ni par son importance, aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale* ». Voir sur ce point, Q. Emeri, J-C. Gautron, note sur C. Constit., n° 70-39 DC du 19 juin 1970, *RDP*, 1971, p. 176 : « *Certes ces décisions n'ont pas valeur de principe quand on se situe dans la ligne des traités et de la politique agricole commune. Mais l'aspect « de principe » ne réapparaît pas quand on se situe sur le plan du droit interne français ? En n'examinant pas la compatibilité de ces décisions avec l'article 34 de la Constitution, le Conseil ne répond pas à la question de savoir si le Parlement français doit, en tout cas, voter l'impôt* ».

« *conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale*[1518] », le Conseil constitutionnel érige celle-ci en étalon principal d'évaluation de la compatibilité d'un engagement international ayant pour objet un partage de compétence avec l'Etat, avec le droit positif national[1519].

En 1985, à l'occasion de l'examen du protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme[1520], le Conseil constitutionnel apporte quelques précisions supplémentaires. En effet, pour déduire que l'engagement international soumis à son contrôle ne porte pas atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale, le juge considère de façon explicite, que le protocole respecte « *le devoir pour l'Etat d'assurer le respect des institutions de la République, la continuité de la vie de la nation et la garantie des droits et libertés des citoyens*[1521] ». Le champ d'application des conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale est alors affiné par la technique de l'énumération[1522].

Comme pour le domaine fiscal, la politique pénale constitue, sans nul doute, l'une des manifestations essentielles de la souveraineté d'un Etat. Dans la présente décision, ce sont les aménagements de l'abolition de la peine de mort et la marge de manœuvre à disposition des Etats qui ont permis au Conseil constitutionnel de considérer qu'il n'y avait pas d'atteinte aux institutions de la République, à la continuité de la vie de la Nation et à la garantie des droits et libertés. En pratique, le juge vérifie que le protocole permet de revenir sur cet engagement et que l'Etat n'est pas lié de façon irrémédiable et inconditionnelle aux termes du Traité. Précisément, les clauses du protocole prévoient que la peine de mort peut être rétablie en cas de danger imminent de guerre ou pour des actes commis en temps de guerre et que l'accord peut être dénoncé dans les conditions prévues par la Convention européenne des droits de l'homme.

[1518] Le Conseil constitutionnel vise « *la Constitution et notamment son Préambule* ».

[1519] A l'exception cependant de la décision des 29 et 30 décembre 1976 qui distingue les limitations et les transferts de souveraineté pour déterminer si l'élection du Parlement européen au suffrage universel direct est conforme au principe de souveraineté nationale. Voir C. Constit., n°76-71 DC du 29-30 décembre 1976, *décision du conseil des communautés européennes relative à l'élection de l'Assemblée des Communautés au suffrage universel direct*, Rec., p. 15.

[1520] C. Constit., n° 85-188 DC du 22 mai 1985, *Protocole n°6 additionnel à la Convention européenne des Droits de l'homme et des libertés fondamentales concernant l'abolition de la peine de mort, signé par la France le 28 avril 1983*, Rec., p. 15.

[1521] C. Constit., n° 85-188 DC du 22 mai 1985, *Protocole n°6 additionnel à la Convention européenne des Droits de l'homme et des libertés fondamentales concernant l'abolition de la peine de mort, signé par la France le 28 avril 1983*, *Ibid*.

[1522] *Ibid.*

Ce dernier aspect est essentiel dans la mesure où il constitue, dans la jurisprudence constitutionnelle ultérieure, un élément constant pour déterminer si un engagement international est conforme à la Constitution. Alors même qu'un engagement international limite l'action d'un Etat dans un domaine qui constitue l'expression de sa souveraineté, le respect de ses conditions essentielles suppose que l'Etat garde néanmoins la maîtrise de ses compétences. Plus généralement, la limitation des prérogatives nationales ne doit pas aller jusqu'à la dépossession totale des compétences de l'Etat et l'exercice en commun de compétences au sein d'instances internationales, ne doit pas priver l'Etat de s'opposer à une décision[1523], d'aménager les conséquences d'un traité dans des circonstances exceptionnelles qui menacent la Nation, voire de revenir sur un engagement contractuel[1524].

L'examen du Traité de Maastricht[1525] en 1992 et celui d'Amsterdam[1526] en 1997 s'inscrivent dans la continuité de cette politique jurisprudentielle et ces deux décisions consolident le raisonnement du juge en la matière.

La synthèse des normes constitutionnelles relatives à la souveraineté et à la participation de l'Etat à la société internationale apparaît lors de l'examen du Traité de Maastricht en 1992. Le Conseil constitutionnel considère en effet, « *qu'il résulte de ces textes de valeur constitutionnelle que le respect de la souveraineté nationale ne fait pas obstacle à ce que, sur le fondement des dispositions précitées du préambule de la Constitution de 1946, la France puisse conclure, sous réserve de réciprocité, des engagements internationaux en vue de participer à la création et au développement d'une organisation internationale permanente, dotée de la personnalité juridique et investie de pouvoirs de décision par l'effet de transferts de compétences consentis par les Etats membres*[1527] ». Il ajoute : « *qu'au cas où des engagements internationaux souscrits à cette fin contiennent une clause contraire à la*

[1523] L'abandon de la règle de l'unanimité au sein du Conseil des ministres des communautés en matière d'entrée et de circulation des personnes prévu par le Traité de Masstricht a ainsi été jugé contraire à la Constitution. Voir C. Constit., n° 92-308 DC du 9 avril1992, *Traité sur l'Union européenne*, Rec., p. 55.

[1524] Ce qui ne signifie pas d'ailleurs qu'un traité doive nécessairement comporter une clause expresse de dénonciation. En ce sens, le Conseil relève à l'occasion de l'examen des accords de Schengen, « *qu'au regard des procédures de modification ainsi prévues, sur une base de réciprocité, dans le respect des règles du droit national relatives à l'introduction des traités dans l'ordre interne, l'absence de référence à un clause de retrait ne saurait constituer en elle- même un abandon de souveraineté* ».

[1525] C. Constit., n° 92-308 DC du 9 avri1992, *Traité sur l'Union européenne, op. cit.*.

[1526] C. Constit., n° 97-394 DC du 31 décembre 1997, *Traité d'Amsterdam modifiant le Traité sur l'Union européenne, les Traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes*, Rec., p. 344.

[1527] C. Constit., n° 92-308 DC du 9 avril1992, *Traité sur l'Union européenne, op.cit.*

Constitution ou portent atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale, l'autorisation de les ratifier appelle une révision constitutionnelle[1528] ».

En pratique, ce sont deux stipulations du Traité de Maastricht qui sont jugées contraires à la Constitution. Sans expliciter plus précisément sa position et en se contentant de décrire la procédure prévue par le traité en matière de politique monétaire[1529], le juge constitutionnel considère d'abord, « *qu'il résulte des dispositions applicables à compter du début de la troisième phase de l'Union économique et monétaire que la réalisation d'un semblable objectif se traduira par la mise en oeuvre d'une politique monétaire et d'une politique de change uniques suivant des modalités telles qu'un État membre se trouvera privé de compétences propres dans un domaine où sont en cause les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale*[1530] ».

Si, sur ce point, le juge laisse à penser que le domaine monétaire détermine à lui seul la violation au-delà de tout aménagement des compétences, il considère ensuite, à propos des mesures relatives à l'entrée et à la circulation des personnes, que c'est l'abandon de la règle de l'unanimité au sein du Conseil des ministres des communautés chargé de la politique commune des visas à l'égard des pays tiers, qui heurte les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale.

Nécessitant alors une révision de la Constitution, la ratification du Traité de Maastricht a impliqué un nouveau titre intitulé : « *Des communautés européennes et de l'Union européenne*[1531] ».

Cette nouvelle disposition est expressément citée dans les visas de la décision du Conseil du 31 décembre 1997 qui a pour objet l'examen du Traité d'Amsterdam[1532]. Prise en compte dans le cadre de son contrôle, le Conseil constitutionnel considère dorénavant que dans le

---

[1528] *Ibid*.

[1529] Voir sur ce point, D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, 8e éd., Paris, Monchrestien, 2008, p. 352 : « *Une déception pédagogique : le Conseil ne dit pas en quoi les modalités prévues par le traité ont cet effet. Il se contente, dans de longs considérants, d'exposer, en citant directement les articles du traité, les trois phases du processus de réalisation de la monnaie unique, comme si le simple énoncé suffisait à lui-seul à prouver évidemment leur caractère attentatoire aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale* ».

[1530] C. Constit., n° 92-308 DC du 9 avri1992, *op.cit.*, § 43.

[1531] Notamment, l'article 88-1 prévoit que « *la République participe aux Communautés européennes et à l'Union européenne, constitués d'Etats qui ont choisis librement, en vertu des traités qui les ont instaurées, d'exercer en commun certaines de leurs compétences* » et l'article 88-2, « *sous réserve de réciprocité et selon les modalités prévues par le Traité sur l'Union européenne, la France consent aux transferts de compétences nécessaires à l'établissement de l'union économique et monétaire européenne ainsi qu'à la détermination des règles relatives au franchissement des frontières extérieures des Etats membres de la Communauté européenne* ».

[1532] C. Constit., n° 97-394 DC du 31 décembre 1997, *Traité d'Amsterdam modifiant le Traité sur l'Union européenne, les Traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes*, Rec., p. 344.

cadre de son contrôle sur le fondement de l'article 54, « *appellent une nouvelle révision constitutionnelle, les clauses du Traité d'Amsterdam qui opèrent, au profit de la Communauté européenne, des transferts de compétences qui mettent en cause les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale, soit que ces transferts interviennent dans un domaine autre que l'établissement de l'union économique et monétaire européenne ou que le franchissement des frontières extérieures communes, soit que ces clauses fixent d'autres modalités que celles prévues par le traité sur l'union européenne signé le 7 février 1992 pour l'exercice des compétences dont le transfert a été autorisé par l'article 88- 2 précité*[1533] ». Ainsi, les clauses du Traité d'Amsterdam à même de pouvoir porter atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale sont, pour le Conseil constitutionnel, soit des dispositions qui admettent des transferts de compétences dans des domaines autres que ceux prévus par le Traité de Maastricht (qui concerne l'établissement de l'union économique monétaire européenne et le franchissement des frontières extérieures communes[1534]), soit des dispositions qui certes s'inscrivent dans ces domaines, mais qui prévoient des modalités différentes dans l'exercice des compétences[1535].

Apparaît dès lors chemin faisant, une démarche systématique pour apprécier la constitutionnalité d'un engagement international sur le fondement de l'article 54 de la Constitution. Si les transferts de compétences de l'Etat vers des organisations internationales ne sont pas, par principe, contraires à la Constitution, ils doivent néanmoins respecter les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale. Appréciée au cas par cas, l'atteinte aux conditions essentielles suit pourtant l'application d'un certain nombre de critères : le domaine concerné par le transfert de compétence (s'agit-il d'une mission essentielle, une « *mission régalienne* » ? / S'agit-il d'un domaine d'ores et déjà transféré par des traités antérieurs), l'ampleur du transfert effectué (l'Etat est-il totalement dessaisi de ses compétences dans ce domaine ?) et, enfin, les modalités d'exercice des compétences

[1533] *Ibid.*

[1534] Sur ce point, le juge examine les mesures relatives aux visas, à l'asile et à la libre circulation, c'est-à-dire certains article du Traité d'Amsterdam prévoient des transferts de compétences au profit de la Communauté « *qui intéressent l'exercice de la souveraineté nationale et n'entrent pas dans le champ de l'habilitation prévue par l'article 88-2* ». Dans ces domaines, relève le Conseil, les compétences s'exercent conjointement avec la Communauté avec l'application du principe de subsidiarité. Pour autant à l'issue d'une période transitoire de 5 ans au cours de laquelle est maintenue la règle de l'unanimité, le traité prévoit le passage à la majorité qualifiée et à une procédure de « *codécision* ». De surcroît, en statuant sur proposition de la seule Commission, les Etats membres perdent leur pouvoir d'initiative. Par conséquent, cette procédure porte atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté. *Ibid.*

[1535] En l'espèce, en prévoyant le passage à la majorité qualifiée et à la procédure de « *codécision* », ces nouvelles dispositions vont au-delà de l'article 88-2 de la Constitution.

partagées avec les instances internationales (les décisions sont-elles prises à l'unanimité ou à la majorité qualifiée ?)

Peaufinée au gré des espèces, la grille d'analyse élaborée par le Conseil constitutionnel apparait aujourd'hui avec davantage de rigueur. Cette pédagogie[1536], pour terminer sur cet aspect, apparaît clairement à l'occasion de l'examen récent du Traité de Lisbonne en 2007[1537]. Appliquant tout d'abord le critère matériel, le Conseil constitutionnel relève « *qu'appellent une révision constitutionnelle les clauses du traité qui transfèrent à l'Union européenne des compétences affectant les conditions essentielles de la souveraineté dans des domaines ou selon des modalités autres que ceux prévus par l'article 88-2*[1538] ». Dans les domaines non prévus par les engagements internationaux ratifiés par la France et qui touchent à des domaines régaliens, le contrôle effectué par le juge est de deux ordres. Les transferts de compétence ne doivent pas revêtir « *une ampleur ou interviennent selon des modalités telles que puissent être affectées les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale* » et ces transferts ne doivent pas conduire à abandonner à la *« procédure législative ordinaire », des compétences inhérentes à l'exercice de la souveraineté nationale*[1539] ».

[1536] A titre d'exemple et sur la base de cette politique jurisprudentielle, désormais, établie, le Conseil constitutionnel considère que si la Constitution permet la ratification du traité créant une juridiction internationale permanente (la CPI), les dispositions qui prévoient la saisine de la Cour alors qu'une loi d'amnistie ou l'application de la règle de la prescription auraient éteint tout recours juridictionnel en droit interne portent atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale. Il en va de même de la disposition du traité qui permet au procureur de procéder à des actes d'enquête sur le territoire d'un Etat, alors même que les autorités nationales n'y participent pas. Par contre, la possibilité pour la Cour de se reconnaître compétente en cas d'effondrement ou d'indisponibilité de l'appareil judiciaire national ne méconnaît pas les conditions essentielles de la souveraineté nationale. Voir C. Constit., n° 98-408 DC du 22 janvier 1999, *Traité portant statut de la Cour pénale internationale*, Rec., p. 29

Autre exemple plus récent, le Protocole n° 13 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales abolissant la peine de mort en toutes circonstances est conforme à la Constitution, en ce qu'il peut être dénoncé à la différence du deuxième protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques liant l'Etat français de façon irrévocable. Plus précisément l'abolition de la peine de mort n'est pas en tant que telle susceptible de porter atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale, mais l'impossibilité de la réintroduire même dans des circonstances exceptionnelles – « *en cas de danger exceptionnel qui menacerait l'existence de la Nation* » - constitue une adhésion irrévocable dans un domaine inhérent à la souveraineté. Voir C. Constit., n° 2005-524/ 525 DC du 13 octobre 2005, *Engagements internationaux relatifs à la peine de mort*, Rec., p. 142.

[1537] C. Constit., n° 2007-560 DC du 20 décembre 2007, *Traité de Lisbonne modifiant le Traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne*, Rec., p. 459.

[1538] La rédaction actuelle de l'article 88-2 est la suivante : « *Sous réserve de réciprocité et selon les modalités prévues par le traité sur l'Union européenne signé le 7 février 1992, la France consent aux transferts de compétences nécessaires à l'établissement de l'Union économique et monétaire européenne. - Sous la même réserve et selon les modalités prévues par le traité instituant la Communauté européenne, dans sa rédaction résultant du traité signé le 2 octobre 1997, peuvent être consentis les transferts de compétences nécessaires à la détermination des règles relatives à la libre circulation des personnes et aux domaines qui lui sont liés. - La* loi *fixe les règles relatives au mandat d'arrêt européen en application des actes pris sur le fondement du Traité sur l'Union européenne* ».

[1539] C. Constit., n° 2007-560 DC du 20 décembre 2007, *op.cit.*, § 16 et 18.

S'agissant ensuite de l'application du critère procédural, c'est-à-dire qui concerne des domaines déjà partagés avec l'Union européenne, le Conseil constitutionnel précise « *qu'appelle une révision de la Constitution toute disposition du traité qui, dans une matière inhérente à l'exercice de la souveraineté nationale mais relevant déjà des compétences de l'Union ou de la Communauté, modifie les règles de décision applicables, soit en substituant la règle de la majorité qualifiée à celle de l'unanimité au sein du Conseil, privant ainsi la France de tout pouvoir d'opposition, soit en conférant un pouvoir de décision au Parlement européen, lequel n'est pas l'émanation de la souveraineté nationale, soit en privant la France de tout pouvoir propre d'initiative*[1540] ».

B/ Le principe doctrinal de « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale » : identifier les critères d'appréciation des atteintes à la souveraineté élaborées par le Conseil constitutionnel

Comme pour le principe de libre administration, les contours jurisprudentiels de la notion de « *conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale* » s'effectuent au cas par cas et ne procèdent pas d'une conception figée. Souligné régulièrement par la doctrine[1541], cet aspect n'est pas démenti par les membres du Conseil constitutionnel eux-mêmes. Ainsi Mme Lenoir, alors membre du Conseil, souligne, à l'occasion d'un colloque sur les rapports entre le droit interne et le droit international, que la démarche retenue par le juge pour se prononcer sur la compatibilité des traités avec l'ordre juridique national, est essentiellement pragmatique[1542].

[1540] *Ibid.*, § 20.

[1541] Voir par exemple, J. Gautron, P-Y. Monjal, « La décision 98-408 du Conseil constitutionnel relative au statut de la Cour pénale internationale : un soutien aux réticences nationales ? », *RRJ*, 1999- 4, p. 1225 : « ***force est de constater que depuis les décisions Maastricht et Amsterdam, la Haut Conseil ne s'est pas aventuré sur un quelconque terrain définitionnel*** ». ; Voir, également, A. Pellet, « Le conseil constitutionnel, la souveraineté et les traités–A propos de la décision du Conseil constitutionnel du 31 décembre 1997 (Traité d'Amsterdam) », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2000, n° 4 : « *En délaissant le critère, impraticable et paralysant, de la souveraineté nationale pour celui des "conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale", le Conseil se dote d'un instrument de contrôle souple et adaptable, mais qui présente l'inconvénient de n'être défini nulle part et d'être source d'incertitudes que sa jurisprudence, extrêmement empirique, ne lève que très incomplètement* ». ; voir, enfin, K. Béchet-Golovko, « Qu'en est-il du concept de « souveraineté » ? A l'occasion de la décision du Conseil constitutionnel sur le Traité de Lisbonne », *Politeia*, 2008, n° 13, p. 75 et suiv.

[1542] N. Lenoir, « Les rapports entre le droit constitutionnel français et le droit international à travers le filtre de l'article 54 de la Constitution de 1958 », *in* P-M. Dupuy (Dir.), *Droit international et droit interne dans la jurisprudence comparée du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat*, Paris, Ed. Panthéon-Assas, 2001, p. 11.

Dans le même sens, on trouve sur le site internet du Conseil constitutionnel[1543], des commentaires sur la méthode entreprise en la matière. La décision relative au Traité établissant une Constitution pour l'Europe[1544] est à cet égard l'occasion pour le juge de faire la lumière sur les critères jurisprudentiels qui permettent de déterminer ce qui est ou non essentiel à l'exercice de la souveraineté nationale. De la grille d'analyse élaborée depuis la décision Maastricht, il est précisé que « ***ces critères sont d'application empirique. Le Conseil se refuse à définir a priori les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale. L'approche doit donc se faire au cas par cas***[1545] ».

Ainsi, à chaque nouvelle espèce la doctrine s'efforce de mettre de l'ordre dans les critères d'appréciation des atteintes aux conditions essentielles de la souveraineté nationale pour en arriver à la détermination de critères stables. Précisément, ce sont trois critères généraux qui permettent le plus souvent de rendre compte de la jurisprudence constitutionnelle. Il s'agit d'un critère « *d'ordre qualitatif*[1546] » (le domaine concerné par le transfert), un critère « *d'ordre quantitatif*[1547] » (l'ampleur concrète des transferts consentis et notamment la question de savoir s'il y un dessaisissement total d'une compétence ou la mise en place d'une compétence partagée avec les institutions communautaires) et enfin « *un critère formel*[1548] » (les modalités d'exercice des compétences transférées.)[1549]

Peu conceptuels, ces critères sont très généraux et ne prennent véritablement sens, qu'éclairés d'un cas d'espèce et de leur confrontation pratique avec les clauses d'un engagement international. C'est ce dernier qui détermine les incompatibilités potentielles et la grille de contrôle de la compatibilité d'un engagement international à la Constitution s'adapte au cas d'espèce[1550]. Sur ce point d'ailleurs, le manuel de contentieux constitutionnel du Professeur Dominique Rousseau est une nouvelle fois très significatif dans sa présentation formelle. Il relève que « *sous le rapport des conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale, le Conseil juge que deux stipulations du Traité de Maastricht y portent atteinte*

[1543] http://www.conseil-constitutionnel.fr/

[1544] C. Constit., n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, Rec., p. 173.

[1545] http://www.conseil-constitutionnel.fr/

[1546] Voir L. Favoreu, L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 13e éd., Paris, Dalloz, 2005, p. 902.

[1547] *Ibid.*

[1548] *Ibid.*

[1549] Voir K. Béchet-Golovko, « Qu'en est-il du concept de « souveraineté » ? A l'occasion de la décision du Conseil constitutionnel sur le Traité de Lisbonne », *op. cit.*, p. 82 et suiv.

[1550] Voir, sur ce point, F. Chaltiel, « Peine de mort et souveraineté : nouvelles précisions sur le principe constitutionnel de souveraineté nationale », *LPA*, 8 déc. 2005, n°244, p. 5.

(…) *Ensuite sont jugées affecter les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale* (…) *sont encore jugées de nature à porter atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale, les dispositions* (…) *En revanche,*(…)[1551] ».

Pour conclure, au terme d'une étude relative à la souveraineté dans la jurisprudence constitutionnelle publiée en 2000, le Professeur Combacau synthétise, de façon claire, l'état du droit et les difficultés pour saisir dans sa généralité, les conditions de constitutionnalité d'un engagement international dans l'ordre interne : « ***S'il est relativement facile d'identifier les domaines dans lesquels, jusqu'à présent, le Conseil a jugé nécessaire de faire les critères des conditions essentielles (…), il l'est incomparablement moins d'induire des décisions individuelles une règle apte à servir de guide dans la négociation des traités ou permettant de prévoir avec une probabilité raisonnable si, une fois adopté internationalement, ils franchiront ou non l'obstacle du contrôle de constitutionnalité. (…)*** « ***Dans une jurisprudence combinant éléments formels et matériels selon des proportions aléatoires qui dépendent de la seule sagesse des juges, on hésite pour l'instant à identifier quelque principe que ce soit***[1552] ».

Section 2/ La nécessaire clarification de certaines dispositions constitutionnelles

Certains principes de droit positif inscrits dans la Constitution, déterminent des conséquences juridiques claires. Notamment, si une entreprise prend en charge une activité de service public national, elle doit demeurer la propriété de l'Etat (§1). De la même manière, seul le législateur est compétent dès lors qu'il souhaite intervenir pour fixer les règles relatives à une catégorie d'établissement public (§2). Prévues respectivement à l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946[1553] et à l'article 34 de la Constitution[1554], ces dispositions supposent de connaître ce que sont une activité de service public national et une catégorie d'établissement public, pour en déduire les conséquences juridiques impliquées.

[1551] D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel,* 8e éd., Paris, Monchrestien, 2008, p. 346 et suiv.
[1552] J. Combacau, « La souveraineté internationale de l'Etat dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2000, n° 9.
[1553] Voir la Constitution, disponible sur le site du Conseil constitutionnel, à l'adresse suivante : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-du-4-octobre-1958/preambule-de-la-constitution-du-27-octobre-1946.5077.html
[1554]*Ibid.*

A partir du moment où le pouvoir constituant n'a pas pris soin de définir ces principes, les prescriptions constitutionnelles pour être effectives, commandent alors à l'interprète de connaître d'abord ces principes[1555], avant d'en déduire le régime applicable.

§1/ Extraire le droit positif des dispositions du Préambule de la Constitution : les limites constitutionnelles à la privatisation d'entreprises publiques

Utilisé à titre principal afin d'établir des limites à la privatisation d'entreprises publiques, l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946 interprété par le Conseil constitutionnel (A), a permis à la doctrine, d'élaborer un principe de service public constitutionnel (B).

A/ L'émergence d'une distinction jurisprudentielle entre les services publics qui découlent d'exigences constitutionnelles et les « services publics législatifs » sur la base de l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946

Au terme de l'alinéa 9 du Préambule de 1946 : « *Tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité*[1556] ». Cette formule, qui correspond fidèlement à l'idéologie de l'Etat Providence dans les années 1950, suppose la prise en charge directe par l'Etat d'un certain nombre d'activités, notamment marchandes, mais surtout, de celles qui correspondent à un « *service public national* » et d'un « *monopole de fait* ». En d'autres termes, l'alinéa 9 constitutionnalise le principe de la nationalisation s'agissant de ces activités[1557].

[1555] Voir par exemple, N. Thirion, « Existe-t-il des limites juridiques à la privatisation des entreprises publiques ? », *Revue internationale de droit économique*, 2002, n°4, p. 646: « *la Constitution n'est plus un donné préétabli, aux contours clairs et aux arrêts tranchés, mais une architecture en construction permanente, (…), à la facilité théorique, risquent de succéder de redoutables difficultés pratique qu'en fin de compte, il appartiendra au juge constitutionnel, et à lui seul, de lever, au gré des espèces dont il sera saisi* ».

[1556] http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-du-4-octobre-1958/preambule-de-la-constitution-du-27-octobre-1946.5077.html

[1557] Voir G. Conac, X. Prétot, G. Teboul (Dir.), *Le Préambule de la Constitution de 1946 : histoire, analyse et commentaires*, Paris, Dalloz, 2001, p. 221 et suiv.

En réalité, et compte tenu de l'évolution des réalités économiques contemporaines, c'est, davantage au travers d'une lecture négative que cet article est appliqué à l'heure actuelle[1558]. En effet, favorisée par l'intégration du droit communautaire qui ouvre assez largement à la concurrence un certain nombre d'activités, la législation nationale tend de plus en plus à libéraliser des services qui étaient auparavant pris en charge par l'Etat[1559]. Une telle opération doit alors respecter, comme s'agissant de la nationalisation, l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946. Plus précisément, si l'intention du pouvoir constituant vise la règlementation des nationalisations, cette disposition constitutionnelle suppose également de permettre un encadrement à la privatisation d'entreprises publiques. Redéfinie *a contrario*, cette règle signifie que tant qu'une entreprise publique prend en charge une activité de « *service public national* » ou un « *monopole de fait* », elle ne peut pas être privatisée.
C'est donc autour de cette lecture, imposer des limites constitutionnelles aux opérations de privatisation d'entreprises publiques, que la jurisprudence constitutionnelle est la plus riche à l'heure actuelle.

D'une façon générale, afin de vérifier que le législateur est compétent pour transférer une ou plusieurs entreprises du secteur public au secteur privé, le Conseil constitutionnel, sur la base de l'alinéa 9 du Préambule de 1946, distingue les activités de service public qui découlent d'exigences constitutionnelles et les activités de service public décidées par le législateur lui-même.
La notion de service public qui découle d'exigences constitutionnelles apparaît pour la première fois, à la suite de la décision « *Privatisations* » des 25 et 26 juin 1986[1560]. En l'espèce, il s'agit d'une loi autorisant le gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social et notamment de lui permettre, par voie d'ordonnance[1561], de transférer soixante-cinq entreprises du secteur public au secteur privé. Sur l'aspect formel, le Conseil

[1558] La première décision du Conseil constitutionnel sur la base de l'alinéa 9 du Préambule, néanmoins, concerne l'appréciation d'une loi de nationalisation. Voir C. Constit., n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, *Loi de nationalisation*, Rec., p. 18.
[1559] La compétence du législateur, qu'il s'agisse d'une opération de nationalisation ou de privatisation, est consacrée à l'article 34 de la Constitution aux termes duquel : « *La loi fixe également les règles concernant : les nationalisations d'entreprises et les transferts de propriété d'entreprises du secteur public au secteur privé* ». Voir la Constitution, disponible sur le site internet du Conseil constitutionnel, à l'adresse suivante : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-du-4-octobre-1958/acces-par-titres.5110.html#titre5
[1560] C. Constit., n°86-207 DC des 25 et 26 juin 1986, *Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*, Rec., p. 61.
[1561] Sur le fondement de l'article 38 de la Constitution : « *le gouvernement peut, pour l'exécution de son programme, demander au Parlement, l'autorisation de prendre, par ordonnance, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi* ».

constitutionnel rappelle que l'article 34 de la Constitution range dans le domaine de la loi[1562], « *les règles concernant* (…) *les nationalisations d'entreprises et les transferts de propriété d'entreprises du secteur public au secteur privé*[1563] ».

En ce qui concerne l'objet de cette loi, les parlementaires soutiennent que le principe même du transfert du secteur privé au secteur public et la liste exhaustive des entreprises concernées, seraient contraires à l'alinéa 9 du Préambule de 1946[1564]. Précisément, relèvent les saisissants, à partir du moment où un certain nombre d'entreprises a en charge une activité de service public national, elles entrent dans le champ de l'alinéa 9 du Préambule et devraient en conséquence demeurer la propriété de la collectivité.

Répondant directement à ce moyen, le juge précise les exigences constitutionnelles qui pèsent d'une façon générale sur le législateur en matière de privatisation d'entreprises publiques : « *si la nécessité de certains services publics nationaux découle de principes ou de règles de valeur constitutionnelle, la détermination des autres activités qui doivent être érigées en service public national est laissée à l'appréciation du législateur ou de l'autorité réglementaire selon les cas ; qu'il suit de là que le fait qu'une activité ait été érigée en service public par le législateur sans que la Constitution l'ait exigé ne fait pas obstacle à ce que cette activité fasse, comme l'entreprise qui en est chargée, l'objet d'un transfert au secteur privé*[1565] ». Dans la détermination des entreprises qui peuvent faire l'objet d'une privatisation, le juge constitutionnel considère qu'en dehors des services publics nationaux dont la nécessité « *découle de principes ou de règles de valeur constitutionnelle* », le législateur peut en apprécier librement l'opportunité alors même que l'entreprise concernée a pu avoir en charge une activité de service public national. Cette appréciation implique dès lors que là où le

[1562] Plus précisément, la compétence du pouvoir législatif ne signifie pas qu'une opération de transfert du secteur public au secteur privé, soit toujours directement décidée par lui et ce dernier peut très bien dresser les règles générales dont les applications relèveront d'autres autorités désignées par lui :« *Considérant que l'article 34 de la Constitution n'impose pas que toute opération impliquant un transfert du secteur public au secteur privé soit directement décidée par le législateur ; qu'il appartient à celui- ci de poser des règles dont l'application incombera aux autorités ou aux organes désignés par lui* », C. Constit., n°86-207 DC des 25 et 26 juin 1986, *op. cit.*, §72.

[1563] Article 34 al. 9 de la Constitution.

[1564] Voir le texte de la saisine parlementaire, disponible sur le site du Conseil constitutionnel à l'adresse suivante :
http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1986/86-207-dc/saisine-par-60-deputes.91097.html

[1565] C. Constit., n°86-207 DC des 25 et 26 juin 1986, *op.cit.*, §53.

législateur considère telle entreprise comme exerçant un service public national, il peut décider qu'à l'avenir, ce n'est plus le cas et transférer cette entreprise au secteur privé[1566].

En l'espèce, le juge constitutionnel relève qu'aucune des entreprises mentionnées dans la liste ne peut être regardée comme exploitant un service public « *dont l'existence et le fonctionnement seraient exigés par la Constitution*[1567] ». Il précise par extension, que si le législateur a voulu créer par la nationalisation, un service public de crédit, il peut néanmoins considérer que certaines activités de crédit et les banques, en vertu d'une nouvelle législation, fassent leur retour au secteur privé. En d'autres termes, l'activité de crédit constitue un exemple pratique de service public national qui, à la suite de la perte de ce caractère, peut dorénavant être privatisé par une loi.

Ainsi, pour synthétiser la jurisprudence, le transfert au secteur privé d'une entreprise publique qui assure une activité ayant le caractère d'un service public national est possible, à partir du moment où l'existence du service public en cause n'est pas imposée par la Constitution. Ce faisant, le Conseil constitutionnel distingue deux catégories de services publics nationaux, ceux qui découlent d'exigences constitutionnelles et les autres. Pour ces derniers, le juge reconnaît, au profit du législateur un pouvoir discrétionnaire[1568] pour faire naître ou disparaître un service public national « *non constitutionnel* ». De fait, tous ces éléments témoignent d'une portée très relative de la formule de l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946 telle qu'utilisée par le Conseil constitutionnel. Cette disposition constitutionnelle n'implique pas qu'une entreprise publique en charge d'une activité présentant les caractères d'un service public national non constitutionnel doit appartenir à jamais au secteur public, mais seulement qu'une opération de privatisation ne peut concerner que des entreprises pour lesquelles le législateur a jugé qu'elles ne possèdent plus ce caractère. La seule limite réelle à ce pouvoir discrétionnaire ne semble donc concerner que le

---

[1566] *Ibid.* : « *Qu'en particulier, à supposer que le législateur ait (...) entendu créer un service public de crédit, cette création qui ne procédait d'aucune exigence constitutionnelle n'a pu mettre obstacle à ce que certaines activités de crédit et les banques qui s'y livrent fassent, en vertu d'une nouvelle législation, retour au secteur privé* ».

[1567] *Ibid.*

[1568] Voir sur ce point, G. Quiot, « De l'inconstitutionnalité de la loi du 31 décembre 2003 relative aux obligations de service public des télécommunications et à France Télécom », *AJDA*, 2005, p. 813. Voir, J-J. Israël, G. Conac, X. Prétot, G. Teboul (Dir.), *Le Préambule de la Constitution de 1946. Histoire, analyse et commentaires*, Dalloz, 2001, p. 221.

champ des services publics dont l'existence et le fonctionnement découle d'exigences constitutionnelles[1569].

Sur la base de cette grille d'évaluation, de nouvelles lois de privatisation d'entreprises publiques décidées par le législateur à la fin des années 1980, ont été l'occasion, pour le Conseil constitutionnel, de préciser si certaines activités de service public doivent être considérées comme découlant d'exigences constitutionnelles. Saisi à propos de la loi relative à la liberté de communication qui prévoit notamment le transfert au secteur privé de la société TF1, le Conseil constitutionnel considère que la télévision par voie hertzienne ne constitue pas un mode de communication susceptible de constituer « *une activité de service public ayant son fondement dans des dispositions de nature constitutionnelle*[1570] ».
En 1988, le Conseil est à nouveau saisi à propos d'une loi ayant pour objet de substituer à l'établissement public dénommé Caisse nationale du crédit agricole, une société anonyme[1571]. Il s'agit pour le juge, de répondre à l'argument des députés selon lequel tant que la Caisse nationale de Crédit agricole exerce l'activité de distribution des prêts bonifiés, elle exerce une mission de service public national. Réfutant cet argument, le juge constitutionnel précise que « *la distribution de prêts bonifiés n'a pas le caractère d'un service public exigé par la Constitution*[1572] » et qu'en conséquence, « *il était loisible au législateur de transférer l'organisme exerçant cette activité du secteur public au secteur privé*[1573] ».

Ainsi, appelé à se prononcer sur la constitutionnalité d'une loi qui procède à la privatisation d'une entreprise publique, le Conseil constitutionnel vérifie dans tous ces cas, afin de déterminer si l'opération peut être effectuée par le législateur de façon discrétionnaire, que les services publics, en question, ne sont pas de ceux, et la terminologie n'est pas figée, « *dont la*

[1569] Finalement, la traduction jurisprudentielle de cette disposition constitutionnelle serait la suivante : « *Tout bien, toute entreprise dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait , doit devenir la propriété de la collectivité et le rester, à moins que le législateur établisse que ce bien ou cette entreprise ait cessé d'être un monopole de fait et un service public national et ne constitue pas un service public constitutionnellement protégé* ». Voir G. Quiot, « De l'inconstitutionnalité de la loi du 31 décembre 2003 relative aux obligations de service public des télécommunications et à France Télécom », *op.cit.*, p. 815.
[1570] C. Constit. n°86-217 DC du 18 septembre 1986, *Loi relative à la liberté de communication*, Rec., p. 141.
Ainsi, le législateur n'est pas tenu de soumettre l'ensemble de la télévision par voie hertzienne au régime juridique applicable aux services publics, il n'est pas tenu d'ériger ce mode de communication en service public national puisque aucune disposition constitutionnelle n'impose une telle création.
[1571] C. Constit. n° 87-232 DC, 7 janvier 1988, *Loi relative à la mutualisation de la Caisse nationale de Crédit* agricole, Rec., p. 17.
[1572] *Ibid.*, §30.
[1573] *Ibid.*

nécessité découle de principes ou de règles de valeur constitutionnelle[1574] », « *ayant un fondement dans des dispositions constitutionnelles*[1575] » ou « *dont l'existence et le fonctionnement seraient exigés par la Constitution*[1576] ».

S'agissant enfin des services publics législatifs - ceux, précisément, qui ne relèvent pas d'une exigence constitutionnelle -, le juge se contente de vérifier, au travers du dispositif législatif, que son auteur a bien ôté toutes les caractéristiques du service public avant de procéder au transfert de la propriété vers l'entreprise privée[1577] ou au contraire, qu'en préservant ces caractéristiques, il a maintenu la qualité de service public.
Précisément, à l'occasion de l'adoption de la loi relative à l'entreprise France Telecom, le Conseil constitutionnel est amené à vérifier que le législateur a bien préservé le caractère de service public national de l'activité de télécommunication malgré le changement de statut de France Telecom[1578]. Pour ce faire, le juge relève, de façon assez elliptique et sans précision supplémentaire, que la loi a maintenu à la nouvelle entreprise nationale France Telecom, les missions de service public qui étaient antérieurement dévolues à la personne morale de droit public[1579]. En conséquence et contrairement à ce que prétendent les députés auteurs de la saisine, le législateur s'est conformé à l'alinéa 9 du Préambule de 1946 dans la mesure où l'Etat détient encore la majorité du capital de l'entreprise. C'est d'ailleurs la même solution qui est retenue en 2004 à propos de la loi relative au service de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières : « *Considérant qu'en maintenant aux sociétés nouvellement créées les missions de service public antérieurement dévolues aux personnes morales de droit public Electricité de France et Gaz de France dans les conditions prévues par les lois du 8 avril 1946 et du 3 janvier 2003 susvisées, le législateur a confirmé leur qualité de services publics nationaux*[1580] ». Une fois encore, le Conseil constitutionnel

---

[1574] C. Constit., n°86-207 DC des 25 et 26 juin 1986, *op. cit.*
[1575] *Ibid.*
[1576] C. Constit. n°96-375 DC du 9 avril 1996, *Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier*, Rec., p. 60.
[1577] Si c'est le cas, l'entreprise en charge de ce service doit demeurer la propriété de la collectivité. A l'inverse, c'est-à-dire si le législateur revient lui-même sur de telles caractéristiques, il peut, alors, transférer la propriété de l'entreprise au secteur privé.
[1578] C. Constit, n°96-380 DC du 23 juillet 1996, *Loi relative à l'entreprise nationale France Telecom*, Rec., p. 107.
[1579] *Ibid.* : « *qu'en maintenant à France Telecom sous la forme d'entreprise nationale, les missions de service public antérieurement dévolues à la personne morale de droit public France Telecom dans les conditions prévues par la loi susvisée de réglementation des télécommunication, le législateur a confirmé sa qualité de service public national* ».
[1580] C. Constit., n° 2004-501 DC du 5 août 2004, *Loi relative au service public de l'électricité et du Gaz et aux entreprises électriques et gazières*, Rec., p. 134.

confirme que la participation majoritaire de l'Etat au capital des sociétés préserve l'obligation de maintenir la détention par les personnes publiques, des activités de service public national.

Qu'il s'agisse donc du service public national décidé par le législateur ou du service public décidé par le pouvoir constituant, le Conseil constitutionnel ne s'aventure jamais dans un quelconque terrain définitionnel. Pourtant, à partir de cette jurisprudence, la doctrine a pu constater l'existence d'une nouvelle catégorie de service public[1581] propre au droit constitutionnel et à l'initiative du Conseil constitutionnel[1582].

B/ Les tentatives de systématisation de la jurisprudence du Conseil constitutionnel autour d'un principe de « service public constitutionnel »

En élaborant les contours généraux et abstraits d'un principe de « *service public constitutionnel* », la doctrine s'est efforcée de rendre compte le plus fidèlement possible, de la jurisprudence constitutionnelle qui a présidé à son élaboration. Si seuls des critères souples sont à même d'y parvenir (1), l'évolution de la jurisprudence tend malgré tout progressivement à les démentir (2).

1/ Les services publics de « premier » et de « second rang » : tempérer le critère de la prise en charge des services publics par l'Etat

Le discours politique et juridique évoque depuis longtemps la question d'une constitutionnalisation du service public et en 1985 par exemple, le Professeur Delvolvé considère que « *la notion de service public ne peut pas ne pas devenir constitutionnelle*[1583] ».

La première tentative d'identification d'un service public au niveau constitutionnel est l'œuvre du Professeur Pierre Esplugas qui, au travers de sa thèse de doctorat publiée en 1994,

[1581] A titre d'exemples, voir P.-L. Frier, *Précis de droit administratif*, 2e éd., Paris, Montchrestien, 2003, 533 p ; G. Guglielmi, G. Koubi, *Droit du service public*, Montchrestien, coll. Domat Droit Public, Paris, 2000, 585 p ; R. Le Mestre, *Droit du service public*, Paris, EJA, éd. Gualino, 2005, 532 p ; P. Espuglas, « La constitutionnalisation du service public : un tigre de papier », *RA*, 1996, p. 162 ; L. Favoreu, « Service public et Constitution », *AJDA*, 1997 spécial, p. 16.
[1582] Pour la doctrine, dès 1986 la Conseil a fixé « *les grands principes du régime juridique des privatisations* ». Voir par exemple, M. Durupty, *Les privatisations en France*, notes et études documentaires, La Documentation Française, Paris, 1988, n°4857, p. 46.
[1583] Voir P. Delvolvé, « Service public et libertés publiques », *RFDA*, 1985, p. 1.

s'efforce de montrer « *la recomposition constitutionnelle de la notion*[1584] ». Pensée dans sa généralité, la notion de service public constitutionnel est identifiée conformément à deux critères de définition.

Le premier est « *le critère de la volonté du constituant*[1585] ». Ce premier critère, selon le Professeur Esplugas, apparaît clairement dans la décision des 25-26 juin 1986. Pour lui, en distinguant deux sortes de services publics, la jurisprudence permet d'induire qu'il existe les services publics traditionnels, appréciés librement par les pouvoirs publics, et les services publics constitutionnels qui expriment la volonté du pouvoir constituant[1586].

Le second critère, directement lié au premier, est impliqué par le régime du service public. Précisément, il s'agit, pour reprendre les termes de M. Esplugas, du « *critère corrélatif de la personne publique*[1587] ». Ce dernier repose sur le fait que les services publics exigés par la Constitution, ne semblent pas pouvoir faire l'objet d'un transfert au secteur privé au contraire des services publics nationaux décidés par le législateur[1588].

Ainsi, de façon appliquée, les services publics renvoyant à des fonctions « *régaliennes* » correspondent en tous points aux critères du service public constitutionnel. Inscrits dans le corps de la Constitution, l'existence et le maintien de telles activités de service public correspondent bien à la volonté du constituant et sont de surcroît, toutes prises en charge par la puissance publique. Il s'agit notamment de la défense nationale, de la justice, des affaires étrangères ou de la police[1589]. Pour autant, la liste ne s'arrête pas aux missions dites « *régaliennes* » et la doctrine s'est attachée à identifier d'autres services publics constitutionnels, au travers essentiellement du Préambule de la Constitution de1946[1590]. Par exemple sur ce point, le Professeur Michel Durupty relève qu'à partir du Préambule aux termes duquel, c'est la Nation qui a en charge les activités de « *l'instruction, de la sécurité sociale, de l'assurance-chômage ou même de la formation professionnelle*[1591] », ce sont autant d'activités de service public voulues par le pouvoir constituant, qui sont consacrées.

[1584] P. Esplugas, *Conseil Constitutionnel et service public*, th., Paris, LGDJ, 1994, 321 p.
[1585] *Ibid.*, p. 20.
[1586] *Ibid.*
[1587] *Ibid.*, p. 22.
[1588] Voir, not., C. Constit., n°86-207 DC des 25 et 26 juin 1986, *Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*, Rec., p. 61 : « *le fait qu'une activité ait été érigée en service public par le législateur sans que la Constitution l'ait exigé, ne fait pas obstacle à ce que cette activité fasse, comme l'entreprise qui en est chargée, l'objet d'un transfert au secteur privé* ».
[1589] Voir N. Thirion, « Existe-t-il des limites juridiques à la privatisation des entreprises publiques ? », *Revue internationale de droit économique*, 2002, n°4, p. 627.
[1590] Voir sur ce point, L. Favoreu, L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 13e éd., Paris, Dalloz, p. 660.
[1591] Voir M. Durupty, *Les privatisations en France*, notes et études documentaires, La Documentation Française, Paris, 1988, n°4857, p. 48. Sur ce point, voir, également, L. Favoreu, « Service public et Constitution », *AJDA*,

Le critère matériel, c'est-à-dire la volonté du constituant à travers les dispositions constitutionnelles, permettrait donc de déduire positivement un certain nombre de services publics constitutionnels, à partir du moment où il est épaulé par un critère organique, la prise en charge par une personne publique.

Néanmoins, s'agissant de ce dernier critère, la doctrine a pris soin de distinguer les services publics en deux types, selon qu'ils correspondent strictement à une gestion publique ou s'en écartent. Ainsi, la doctrine identifie les services publics de « *premier type*[1592] », quand ils sont dotés d'une protection particulière contre toute loi de privatisation ou de décentralisation ou contre toute concurrence parallèle des personnes privées. A ce premier groupe, elle oppose les services publics qualifiés « *de second rang*[1593] » dans la mesure où ils permettent, sous conditions, l'immixtion au sein de l'activité, de collectivités territoriales, d'établissements publics ou de personnes privées[1594].

Pour illustrer cette distinction, l'exemple de l'enseignement apparaît significatif[1595], en ce qu'il caractérise et permet de mieux comprendre ce qu'il faut entendre par « *service public de second rang* ».

Prévu au sein du Préambule de la Constitution de 1946, le Conseil constitutionnel a estimé, dans sa décision du 23 novembre 1977[1596], qu'une prise en charge exclusive par l'Etat du

---

1997, p. 16. Plus généralement et sur l'ensemble de ces questions, voir R. de Bellescize, *Les services publics constitutionnels*, th., Paris, LGDJ, 2005, 486 p.

[1592] Voir, par exemple, L. Favoreu, L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 665.

[1593] *Ibid.*, p. 665.

[1594] *Ibid.*, p. 683 : « *L'obligation de non-privatisation que le Conseil constitutionnel a déduite de l'alinéa 9 du préambule de 1946, ne s'appréciera pas de la même manière selon que l'on se trouve en présence des services publics constitutionnels du premier type et du second type* ».

[1595] Dans le même ordre d'idées, le service public de la protection sociale relève à la fois du secteur public et du secteur privé. En 1982, le Conseil constitutionnel considère que si les « *caisses du régime général de sécurité sociale assurent la gestion d'un service public, il appartient au législateur de déterminer les principes fondamentaux de la sécurité sociale et, dans cette mesure, la nature, la composition et le mode de désignation des organes chargés d'administrer ces caisses* ». Ainsi, « *aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle ne lui impose de recourir à un mode de désignation plutôt qu'un autre* ». Par ailleurs, dans une décision du 23 juillet 1999, relative à la loi portant création d'une couverture maladie universelle, le Conseil constitutionnel admet la conformité à la Constitution, de l'article 20 de la nouvelle loi, selon laquelle : « *les personnes en droit de bénéficier de la couverture complémentaire prévue à l'article L 861-1, obtiennent le bénéfice des prestations qui leur sont dues, à leur choix, soit auprès des organismes d'assurance maladie, gestionnaire des ces prestations pour le compte de l'Etat, soit par adhésion à une mutuelle ou par souscription d'un contrat auprès d'une institution de prévoyance ou d'une société d'assurance* ». Voir notamment C. Constit., n°84-184 DC du 29 décembre 1984, *Loi de finances pour 1985*, Rec., p. 94 ; C. Constit., n°82-148 DC du 14 décembre 1982, *Loi relative à la composition des conseils d'administration des organismes du régime général de sécurité sociale*, Rec., p. 73; C. Constit., n°99-416 DC du 23 juillet 1999, *Loi portant création d'une couverture maladie universelle*, Rec., p. 100.

[1596] C. Constit, n°77-87 DC du 23 novembre 1977, *Liberté d'enseignement et de conscience*, Rec., p. 42.
Pour un autre exemple, voir C. Constit., n°84-184 DC du 29 décembre 1984, *Loi de finances pour 1985*, Rec., p. 94 ; C. Constit., n° 84-185 DC du 18 janvier 1985, *Loi modifiant et complétant la loi n°83- 663 du 22 juillet*

service public de l'enseignement n'est pas essentielle. Précisément, « *la sauvegarde du caractère propre d'établissement privé lié à l'Etat par contrat*[1597] », énonce le Conseil constitutionnel, « *n'est que la mise en œuvre du principe de la liberté d'enseignement* », principe à valeur constitutionnelle. Il ajoute que « *l'organisation de l'enseignement public gratuit et laïque à tous les degrés est un devoir d'Etat, ne saurait exclure l'existence de l'enseignement privé, non plus que l'octroi d'une aide d'Etat à cet enseignement dans des conditions définies par la loi*[1598] ».

L'interprétation des dispositions du Préambule par le Conseil constitutionnel, permet de déduire que la Constitution n'institue pas un monopole au profit de l'Etat et la liberté de l'enseignement doit s'entendre comme la pluralité de l'enseignement. Finalement, la distinction entre deux types de services publics s'efforce d'embrasser fidèlement la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui admet que si le service public de l'enseignement par exemple, est un service public constitutionnel, il faut admettre qu'il peut partager la prise en charge de ce service, avec des organismes privés[1599].

Par contre conformément à cette distinction doctrinale (« *service publics de premier et de second rang* »), les services publics qui correspondent à des fonctions de souveraineté ne devraient *a priori* pas admettre de concurrence de la part des personnes privées.

Pourtant, il semble que le Conseil constitutionnel ne se soit pas opposé, quand il en a eu l'occasion, à une plus timide, mais non moins significative, pénétration du secteur privé dans certains services publics qui correspondent à des fonctions essentielles de l'Etat. Il faut alors de nouveau tempérer la systématicité des critères doctrinaux et admettre qu'au sein des « *services publics de premier rang* », une sous-distinction est encore nécessaire pour être véritablement en conformité avec la réalité de la jurisprudence constitutionnelle.

1983 et portant dispositions diverses relatives aux rapports entre l'Etat et les collectivités territoriales, J. O., 20 janvier 1985, p. 821.

[1597] C. Constit, n°77-87 DC du 23 novembre 1977, *Liberté d'enseignement et de conscience*, *op. cit.*

[1598] *Ibid.*, §4.

[1599]Voir sur ce point, L. Favoreu, « Service public et Constitution », *op. cit.*, p. 16 : « *l'exigence constitutionnelle du service public ne couvre qu'une partie de l'activité, partie qui doit être suffisamment substantielle, pour que la Constitution soit respectée.* » Voir également, L. Favoreu, L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 683 : « *L'obligation de non-privatisation doit s'interpréter comme s'appliquant à un niveau minimum de service public, tel que chacun par exemple, puisse accéder au service public de l'enseignement ou de la santé : mais l'obligation de non-privatisation ne semble pas interdire de faire assurer contractuellement ce service public par un organisme privé, ni même transférer une partie des moyens publics au secteur privé* ».

2/ Une sous-distinction au sein des « services publics de premier rang » ou l'admission d'une gestion du service public par une personne privée : les exemples particuliers du service public pénitentiaire et du service public fiscal

Lors du débat sur la privatisation des prisons à la fin des années 1980, le principal argument des opposants à l'adoption de la loi du 22 juin 1987 relative au service public pénitentiaire, est lié au caractère supposé anti-constitutionnel d'une participation des personnes privées au fonctionnement de l'institution carcérale[1600].

En effet, l'essentiel des discussions repose sur la question de savoir si les missions confiées à ces services entrent dans les missions essentielles de l'Etat, le service public de la justice, empêchant de fait, toute forme de privatisation. En d'autres termes, partant du principe que le service public de la justice constitue un service public constitutionnel puisqu'il en est fait mention dans plusieurs articles de la Constitution, le service pénitentiaire fait-il partie intégrante du service public de la justice ou constitue-il une activité singulière et détachable de cet activité de service public ?

Pour les défenseurs du projet de loi, les services pénitentiaires n'ont pas le pouvoir de punir, celui-ci ne leur est pas transféré, ils sont uniquement chargés de l'exécution des peines[1601]. Distinguant alors entre le droit de punir qui est un droit régalien et l'exécution de la peine prononcée, ils défendent l'idée selon laquelle faire respecter une décision prise par l'autorité judiciaire peut être déléguée sous contrôle, à d'autres autorités que l'Etat.

Définitivement adoptée, la loi du 22 juin 1987 traduit dans le droit positif ces arguments et elle consacre les établissements pénitentiaires à gestion déléguée. Cette gestion permet une répartition entre les missions qui appartiennent à l'Etat et celles qui peuvent être déléguées à des personnes privées, des missions plus économiques. Sur ce point, la loi de 1987 est explicite et reconnaît, dans le cadre de ce service public, les missions qui relèvent de la responsabilité directe de l'Etat et celles qui peuvent être déléguées. Précisément, l'article 2 de cette loi prévoit que « *L'Etat peut confier à une personne de droit public ou privé ou à un groupement de personnes de droit public ou privé une mission portant à la fois sur la*

[1600] Voir Débats de l'Assemblée Nationale, 19 décembre 1986, J. O. débats, p. 6429.

[1601] Voir sur ce point, P. Lafarge, (Dir.), *Etablissements pénitentiaires à gestion mixte*, Paris, Pédone, 1997, 78 p ; voir également, E. Péchillon, *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, th., Paris, LGDJ, 1998, p. 90 : « *l'exécution des décisions de justice présente donc un caractère d'administration judiciaire et non une fonction judiciaire* ».

conception, la construction et l'aménagement d'établissements pénitentiaires[1602] ». Plus généralement, l'alinéa 3 de ce même article relève que « *Dans les établissements pénitentiaires, les fonctions autres que celles de direction, du greffe et de surveillance peuvent être confiées à des personnes de droit public ou privé selon une habilitation définie par décret en Conseil d'Etat*[1603] ».

Cette loi du 22 juin 1987 relative au service public pénitentiaire sera modifiée en 2002 et cette fois, le Conseil constitutionnel est invité à se prononcer. A titre principal, cette nouvelle loi modifie les règles de délégation de compétence en matière de conception, construction et d'aménagement d'établissements pénitentiaires. Le moyen développé par les saisissants, utile pour le propos, vise l'absence de garanties nécessaires prévues par cette loi pour des missions, et il s'agit là des termes de la saisine, « *qui touchent à des fonctions régaliennes et à la liberté individuelle des personnes détenues*[1604] ».

Sur ce point, le Conseil constitutionnel relève que le législateur s'est conformé aux « *exigences propres au service public pénitentiaire*[1605] » dans la mesure où non seulement, la délégation fait l'objet d'une habilitation conformément aux conditions prévues par décret en Conseil d'Etat mais surtout, à partir du moment où la loi exclut expressément « *les tâches inhérentes à l'exercice par l'Etat de ses missions de souveraineté*[1606] ». Directement visées, les missions de souveraineté[1607] ne sont préservées qu'à partir du moment où sont exclues de

---

[1602] Voir Loi n° 87-432 du 22 juin 1987 relative au service public pénitentiaire, JO du 23 juin 1987, p. 6775.
[1603] *Ibid.*
[1604] Voir le texte de la saisine du Conseil constitutionnel par soixante députés, disponible sur le site du Conseil, à l'adresse suivante :
http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2002/2002-461-dc/saisine-par-60-deputes.85929.html
[1605] C. Constit., n°2002-461 DC du 29 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation pour la justice*, Rec., p. 195.
[1606] *Ibid*., §8.
[1607] Sur cette notion, voir L. Favoreu, « Approche constitutionnelle du principe de la participation du secteur privé au fondement du service public pénitentiaire », *in* Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, *Les prisons dites « privées », une solution à la crise pénitentiaire ?*, Aix-en-Provence, Economica, 1987, p. 53: « *Le problème est qu'aucun de ceux qui utilisent l'expression ou citent des exemples de missions ou de fonctions de souveraineté, ne définissent la notion ni n'expliquent comment ils rattachent cela à la Constitution ou à des dispositions constitutionnelles précises. Où sont citées ces fonctions de souveraineté et de quelle manière sont elles protégées constitutionnellement ? On peut estimer qu'elles découlent de la notion même d'Etat et que leur nature constitutionnelle est implicitement affirmée. Ou bien que sont citées dans le texte constitutionnel, un certain nombre de fonctions qui auraient, de ce fait une nature constitutionnelle. Ainsi en serait-il de la défense nationale, de la justice, des affaires étrangères. On en revient, en quelque sorte à la notion de services publics constitutionnels, mais le contexte de la souveraineté nous paraît mieux adapté que celui des nationalisations ou des dénationalisations. Il n'est pas certain cependant que l'article 3 de la Constitution (.. .) puisse être invoqué à leur propos. Mais c'est le seul article de la Constitution qui contienne le mot de souveraineté. En définitive, on ne voit pas sur quelle disposition constitutionnelle serait fondée éventuellement l'annulation par le juge constitutionnel d'une loi permettant au secteur privé de collaborer à la gestion du service public pénitentiaire* ».

toute forme de délégation, « *les missions de direction, de greffe ou de surveillance*[1608] ». Ces missions s'inscriraient donc dans un « *service public constitutionnel de premier rang* », lié aux fonctions de souveraineté, mais en son sein, certaines fonctions plus « *économiques* » peuvent être prises en charge par des personnes privées.

Dès lors et pour finir sur cet aspect, à côté du pouvoir judiciaire chargé de prononcer une peine, pouvoir directement lié à la puissance souveraine de l'Etat, le service public pénitentiaire dont la mission essentielle vise l'exécution de cette peine, peut être exercé de façon concurrente par des personnes privées et publiques. En pratique, dans la limite des « *missions de direction, de greffe et de surveillance*[1609] » qui sont expressément exclues en tant que « *tâches inhérentes à l'exercice par l'Etat de ses missions de souveraineté*[1610] », l'Etat peut déléguer à des entreprises privées des activités qui répondent d'une logique plus économique.

D'un point de vue conceptuel la tâche se complexifie encore. Le service public de la justice est un « *service public de premier rang* », le service public pénitentiaire serait un « *service public de second rang* ». Par contre, au sein de ce dernier, d'autres missions ne peuvent être déléguées parce qu'il s'agit de l'exercice par l'Etat, de ses missions de souveraineté, celles là mêmes qui caractérisent le « *service public de premier rang* ».

La seconde exception à l'identification du « *service public constitutionnel de premier rang* » concerne le domaine fiscal. Comme pour le service public de la justice, le Conseil constitutionnel ne semble en effet pas s'opposer à une prise en charge partagée des missions de détermination et de recouvrement de l'impôt avec des personnes privées ou des institutions internationales.

Tout d'abord, le Conseil constitutionnel en 1970, fut saisi par le Premier Ministre de la question de savoir si une décision du Conseil des Communautés européennes relative au remplacement des contributions financières des Etats membres par des ressources propres aux Communautés, comporte des dispositions contraires à la Constitution. Cette mesure, relève le juge, a été adoptée conformément aux règles inscrites au sein des traités, dont la France est partie et notamment, celle selon laquelle *«le développement des Communautés*

[1608] C. Constit., n°2002-461 DC du 29 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation pour la justice*, *op. cit.*
[1609] *Ibid.*
[1610] *Ibid.*

européennes prévoient, notamment, pour le financement de leur budget, le passage progressif d'un système de contribution des Etats membres à un régime de ressources propres[1611] ». Nécessairement traduite dans le droit positif national au travers de l'adoption d'une loi, la décision du Conseil des communautés est ainsi jugée conforme à la Constitution[1612].

Adoptant un raisonnement assez proche quelques années plus tard, le Conseil constitutionnel considère cette fois, qu'un règlement du Conseil des Communautés européennes, adopté dans le domaine du sucre, qui détermine l'assiette et le taux de l'impôt et laisse simplement aux Etats membres le soin de fixer les modalités de recouvrement n'est pas contraire à la Constitution.[1613]. A titre principal, le juge considère que dès lors que la réglementation sur le sucre constitue une ressource propre à l'Union européenne, elle ne procède pas des règles nationales applicables à l'impôt[1614] et n'a pas besoin d'être traduite pas une loi car le règlement ne nécessite pas de transposition, pour être effectif en droit interne.

Par extension, le partage des compétences entre les instances communautaires et nationales peut être épaulé également avec la participation de personnes privées au fonctionnement du service public fiscal. Notamment, une décision du 28 décembre 1990[1615] vient tempérer l'exclusivité de l'Etat en matière de recouvrement de l'impôt. En l'espèce, les saisissants contestent la loi de finances pour 1991 qui confie le recouvrement de la contribution sociale générale à l'agence centrale des organismes de sécurité sociale, établissement national à caractère administratif, ainsi qu'à des personnes morales de droit privé. Juridiquement, ils soutiennent que ce dispositif entre en contradiction avec un principe fondamental reconnu par les lois de la République selon lequel seul l'Etat recouvre l'impôt[1616].
Redéfinissant la base juridique applicable au recouvrement de l'impôt, relève le juge, dès lors où « *aucun principe fondamental reconnu par les lois de la République ne lui impose un mode*

[1611] C. Constit, n°70-39 DC du 19 juin 1970, *Examen du traité, signé à Luxembourg le 22 avril 1970, portant modification de certaines dispositions budgétaires des traités instituant les Communautés européennes et du traité instituant un conseil unique et une commission unique des Communautés européennes en date du 21 avril 1970, relative au remplacement des contributions des Etats membres par des ressources propres aux Communautés*, Rec., p. 15
[1612] *Ibid*.
[1613] C. Constit, n°77-90 DC du 30décembre 1977, *Examen de la dernière loi de finances rectificative pour 1977 et, notamment, de son article 6*, Rec., p. 44.
[1614] *Ibid :* « *que la cotisation à la production d'isoglucose, instituée en vue de régulariser le marché de ce produit dans le cadre de l'organisation du secteur du sucre, a le caractère d'une ressource propre communautaire et échappe aux règles applicables en matière d'impositions nationales* ».
[1615] C. Constit., n°90-285 DC du 28 décembre 1990, *Loi de finances pour 1991*, Rec., p. 95.
[1616] Voir le texte de la saisine parlementaire, disponible sur le site du Conseil constitutionnel à l'adresse suivante :http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1990/90-285-dc/saisine-par-60-deputes.91430.html

particulier de recouvrement[1617] », c'est sur le fondement de l'article 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen que le Conseil constitutionnel répond à ce moyen. Conformément à cette disposition, prévoyant que le recouvrement de l'impôt contribue aux charges de la Nation, le juge déduit de la Déclaration que tout organisme compétent pour prélever l'impôt doit exercer cette mission son l'autorité ou le contrôle de l'Etat[1618]. Ainsi, la loi examinée est conforme aux prescriptions constitutionnelles car elle prévoit qu'en la matière, tout organisme contribuant au recouvrement de l'impôt exerce une mission de service public sous le contrôle de l'Etat.

Par conséquent, et pour finir sur ces deux groupes d'exemples, la distinction doctrinale opérée entre les « *services publics constitutionnels de premier et de second rang* », perd un peu de son sens rapportée à la jurisprudence évolutive du Conseil constitutionnel[1619]. Souhaitant tempérer la systématicité de l'application du critère organique pour la seconde catégorie de service public, l'évolution du droit et de la jurisprudence montre qu'en réalité, même s'agissant d'activités qui relèvent de missions régaliennes, la prise en charge directe et exclusive de l'Etat n'est pas respectée[1620]. L'existence d'un principe juridique de service public au niveau constitutionnel apparaît ainsi très relatif au regard de la jurisprudence constitutionnelle.

Dans le prolongement, le juge est confronté à une autre notion constitutionnelle mais cette fois, elle figure en tant que telle dans le texte de la Constitution.

[1617] C. Constit., n°90-285 DC du 28 décembre 1990, *op.cit.*

[1618] *Ibid.* : « *que si aucun principe fondamental reconnu par les lois de la République ne lui impose un mode particulier de recouvrement, il n'en demeure pas moins que le recouvrement d'une imposition contribuant, conformément à l'article 13 de la Déclaration de 1789, aux charges de la Nation, ne peut être effectué que par des services ou organismes placés sous l'autorité de l'État ou son contrôle* ».

[1619] L'étude systématique menée par M. De Bellescize le conduit à une conclusion assez radicale concernant les services publics constitutionnels. Pour lui, non seulement ce service n'existe pas en tant que catégorie juridique objectivée, essentiellement compte tenu du caractère changeant de la souveraineté, ramenant, dès lors, l'identification à une volonté politique mais rejette aussi l'idée d'une catégorie révélée de manière empirique, quasi existentielle, puisque, selon l'auteur, on ne peut pas non plus constater un régime juridique unique et singulier par rapport aux autres services publics. Voir R. De Bellescize, *Les services publics constitutionnels*, th., Paris, LGDJ, 2005., p. 427.

[1620] A propos du domaine fiscal, M. De Bellescize relève que cette évolution est d'autant plus remarquable que « *c'est sur le droit souverain d'imposer que s'est joué le destin politique de l'Etat, profondément marqué par des luttes séculaires contre la féodalité, les Parlements et les ordres, pour établir le privilège fiscal exercé par le souverain* ». *Ibid*, p. 6.

Par ailleurs, l'auteur explicite ces différents aspects en lien avec le caractère fuyant de la notion de souveraineté. Voir spéc., p. 428 : « *Cette substance de l'Etat, on croyait la saisir d'entrée de jeu : armée, police, justice, monnaie, et le tour était joué. Mais la voilà fuyante, elle se transforme, elle s'échappe, on la retrouve là où on ne l'attendait pas. En un mot, elle n'est jamais au rendez-vous. La géométrie de la souveraineté est à géométrie variable, elle est une histoire à étage : ce qui se passe en haut ne se passe pas forcément en bas* ».

§2/ La délicate répartition des compétences entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif au travers de l'interprétation des mots de la Constitution : l'exemple des « catégories d'établissements publics »

La démarche du Conseil constitutionnel, statuant sur la compétence du législateur pour fixer les règles concernant la création des catégories d'établissements publics, peut être synthétisée de la façon suivante[1621]. Déterminer d'abord, si les dispositions qui lui sont soumises sont relatives à une nouvelle catégorie d'établissement public pour en déduire ensuite, si la fixation des règles contenues dans ces dispositions est du domaine de la loi ou du règlement. Précisément, si le Conseil constitutionnel identifie une catégorie nouvelle, cela implique l'application des prescriptions de l'article 34 et donc la compétence du législateur pour créer

[1621] A partir de 1958, le législateur se voit assigner un domaine d'intervention limité, au titre de l'article 34 de la Constitution. Est désormais considéré comme entrant dans le champ de compétence du législateur, l'acte intervenu dans l'une des matières énumérées par l'article 34. Techniquement, le système de répartition des compétences, prévu explicitement par l'article 34 de la Constitution, s'analyse dans une double limitation juridique : une limitation qui concerne à la fois son objet et son degré d'intervention. S'agissant de son objet, il est limité par une liste exhaustive de matières et s'agissant de son degré d'intervention, la Constitution prescrit que la loi se contente dans certaines matières, d'organiser uniquement les « *règles* » ou les « *principes fondamentaux* ».
Ainsi, si la lecture de la Constitution suggère que la distinction entre ce qui ressort du domaine de la loi et du domaine du règlement est clairement tranchée, l'interprétation littérale de l'article 34 pose, en réalité, difficulté.
Tout d'abord, pour être opératoire, l'article 34 suppose que soient précisés et définis les termes utilisés. Par exemple, la formule selon laquelle « *la loi fixe les règles concernant…la création des catégories d'établissements publics* » permet de considérer que le pouvoir constituant souhaite réserver au législateur, la « *création des catégories d'établissements publics* », mais sans expliciter ce que signifie précisément cette notion.
Par ailleurs, en prévoyant qu'à côté de la fixation des règles de certaines matières, la loi détermine pour d'autres seulement les principes fondamentaux, l'incertitude tend à s'accroître dans la mesure où l'on risque d'assister à des conflits de compétence entre le Gouvernement et le Parlement : Qu'est-ce-qu'une règle essentielle ou un principe fondamental ? Où s'arrête la fixation des principes fondamentaux ? Que signifie l'expression « *principes fondamentaux* » en tant que telle?
Effectivement, et plus généralement, la compétence du législateur couverte par l'ensemble de l'article 34 de la Constitution pour fixer les règles dans un certain nombre de matières, énumérées de manière exhaustive, ne signifie, nullement que cette compétence est exclusive. Dès lors, alors même que l'on se trouve dans un domaine impliquant la compétence du législateur, il ne s'agit pas d'exclure totalement le pouvoir règlementaire dudit domaine. En d'autres termes, si certaines ne peuvent échapper à la compétence du législateur, d'autres au contraire pourront très bien être prévues par voie règlementaire.
Pour dépasser ces incertitudes, il revient au Conseil constitutionnel, ou au Conseil d'Etat, dans l'exercice de leur mission de régulation des compétences normatives, de préciser la distinction entre le domaine de la loi et du règlement. Le Conseil constitutionnel est compétent en la matière, soit selon l'article 37 al. 2 pour constater la nature réglementaire d'une disposition et permettre alors au gouvernement de modifier un texte ayant une forme législative intervenu après l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution (c'est ce que l'on appelle traditionnellement le déclassement), soit selon l'article 41 pour se prononcer en cas de désaccord entre le gouvernement et le président de l'Assemblée intéressée, à la demande de l'une ou l'autre partie. Le Conseil d'Etat, quant à lui, est compétent pour avis sur la nature du texte de forme législative dont le gouvernement envisage la modification quand ce texte est antérieur à la Constitution ou dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir, sur la constitutionnalité d'un décret intervenu dans le champ de l'article 34.
Sur l'ensemble de ces questions, voit not., A. Gérard Cohen, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel relative au domaine de la loi d'après l'article 34 de la Constitution », *RDP*, 1963, p. 745 ; F. Vincent, « De l'inutilité de l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958 », *AJDA*, 1965, p. 564.

la catégorie et fixer les règles de création de cet établissement. *A contrario*, si le juge considère qu'il ne s'agit pas d'une catégorie nouvelle, alors les différentes règles applicables à l'établissement échappent à la compétence du législateur et peuvent être édictées ou modifiées par le pouvoir exécutif (A).

Ensuite, si le législateur est reconnu compétent pour définir les règles relatives à la nouvelle catégorie créée, il ne lui appartient pas de prendre en charge toutes les règles mais seulement, dit la Constitution, les « *règles de création* ». Le pouvoir réglementaire retrouve alors compétence à titre complémentaire, pour fixer les règles ne concernant pas la création des établissements institués par le législateur. Il s'agit notamment, dans le cadre des règles fixées par le législateur, de dispositions instituant et régissant chacun des établissements qui peuvent être rangés dans ladite catégorie[1622], mais également et de manière beaucoup plus subtile, si une règle n'est pas interprétée par le Conseil, comme « *un élément déterminant*[1623] » de la règle de création (B).

A/ Le droit positif et la notion jurisprudentielle de catégorie d'établissement public

Les contours d'une catégorie nouvelle d'établissements publics ont été déterminés par le Conseil constitutionnel au travers de la notion « *d'établissement sans équivalent sur le plan national* » (1). Susceptible d'être composée d'un unique établissement, la jurisprudence est également confrontée à des situations où il s'agit de savoir si un établissement est susceptible d'être rattaché à une catégorie existante (2).

1/ Les contours de la catégorie nouvelle d'établissements publics au travers de la notion jurisprudentielle d'établissement « sans équivalent sur le plan national »

Invité à se prononcer sur le respect de la répartition des compétences prévue par la Constitution, le Conseil constitutionnel doit d'abord définir ou préciser le sens des notions utilisées par l'article 34, avant de déterminer l'étendue des compétences respectives entre le

[1622] Voir, par ex., C. Constit., n°15-L du 18 juillet 1961, *Institut des hautes études de l'outre-mer*, Rec., p. 38; C. Constit., n°79-108 L du 25 juillet 1979, *Nature juridique des dispositions des articles L. 30- 1 à L. 330- 9 du Code du travail relatifs à l'Agence nationale pour l'emploi*, Rec., p. 45 ; C. Constit., n°1-L du 29 novembre 1959, *Régie Autonome des Transports Parisiens*, Rec., p. 67.
[1623] *Ibid.*

Gouvernement et le Parlement. C'est conformément à cette démarche que le Conseil constitutionnel a clarifié la formule de l'article 34 de la Constitution selon laquelle : « *La loi fixe également les règles concernant la création de catégories d'établissements publics*[1624] ».

C'est à l'occasion d'une saisine par le Premier Ministre en 1959 tendant à voir déclarer le caractère règlementaire de certaines dispositions de l'ordonnance du 7 janvier 1959 relative à l'organisation des transports des voyageurs de la région parisienne, que le Conseil constitutionnel va être amené pour la première fois à faire application de l'article 34 de la Constitution relative à la création de « *catégories d'établissements publics*[1625] ». En effet, le gouvernement souhaite modifier l'ordonnance par décret, notamment certaines dispositions relatives à la composition et la répartition du conseil d'administration de la Régie autonome des transports parisiens (RATP).

Sans précision supplémentaire, le Conseil constitutionnel relève que « *la Régie autonome des transports parisiens constitue une catégorie particulière d'établissement public, sans équivalent sur la plan national*[1626] », avant de déduire que les règles qui régissent cet établissement sont du domaine de la loi. Il s'agit des règles qui prévoient la présence de membres représentant les collectivités locales au conseil d'administration mais pour celles chargées de fixer le nombre total des membres de ce conseil et celui des représentants des collectivités locales, le juge considère qu'elles ne font pas partie des règles impliquant la compétence du législateur. Elles ne constituent pas, pour reprendre les termes du Conseil constitutionnel sur ce point, « *un élément déterminant de la règle visée à l'alinéa précédent*[1627] ».

En décidant par ailleurs que « *la RATP constitue une catégorie particulière d'établissement public sans équivalent sur le plan national*[1628] », le Conseil constitutionnel précise qu'une catégorie peut très bien être constituée d'un seul établissement.

Cette position, un unique établissement peut former une catégorie d'établissements publics, va être confirmée à plusieurs reprises mais souvent sans préciser en quoi réside la particularité de l'établissement public qui fait de lui une catégorie à lui seul. Entre autres, le Syndicat des

[1624] Article 34 al. 2.
[1625] C. Constit., n°1-L du 29 novembre 1959, *Régie Autonome des Transports Parisiens*, *op. cit.*
[1626] *Ibid.*
[1627] *Ibid.*, §3.
[1628] *Ibid.*, §2.

transports parisiens, l'ORTF[1629], le centre de formation des personnels communaux[1630] ou le Centre national d'art et de culture Georges-Pompidou[1631] ont tous été considérés comme constituant une catégorie nouvelle d'établissements publics.

Deux décisions permettent de tirer davantage de précisions sur les caractéristiques de la catégorie singulière d'établissement public.

Deux critères ont tout d'abord été retenus par le Conseil constitutionnel en 1985, pour considérer que l'Institut national de la consommation constitue à lui seul, une catégorie d'établissement public : « *l'originalité et l'ampleur de la mission*[1632]» dans son domaine d'activité. La première méthode élaborée par le juge en d'autres termes, consiste à envisager l'établissement dans son domaine d'activité et à essayer de mesurer son originalité et l'ampleur de sa mission, au sein dudit domaine[1633].

Par extension, le juge constitutionnel relève également, qu'un établissement public constitue une catégorie à lui seul, s'il détient un monopole d'activité. Dans une décision du 19 mars 1964[1634], la Radiodiffusion-Télévision Française est considérée comme constituant une catégorie d'établissement public sans équivalent sur le plan national parce qu'elle a pour objet la communication des idées et des informations et qu'elle a reçu en ce domaine, le monopole des émissions[1635]. Plus précisément, le juge précise que « *la Radiodiffusion-Télévision Française a pour objet notamment la communication des idées et des informations ; qu'elle intéresse ainsi une des libertés publiques dont les garanties fondamentales relèvent de la disposition précitée de l'article 34 ; que de ce fait et par le monopole des émissions qu'elle a*

[1629] C. Constit., n°68-50 L du 30 janvier 1968, *Examen de certaines dispositions de l'article 9 de l'ordonnance n°59- 273 du 4 février 1959 relative à la radiodiffusion-télévision française et de l'article 52 de la loi n°60-1384 du 23 décembre 1960, portant loi de finances pour 1961*, Rec., p. 23.

[1630] C. Constit., n°76-93 L du 6 octobre 1976, *Appréciation de la nature juridique de certains textes relatifs à l'administration communale (personnel communal)*, Rec., p.63.

[1631] C. Constit., n° 82-127 L du 10 novembre 1982, *Nature juridique des dispositions de l'article 4, alinéa 2, de la loi n° 75-1 du 3 janvier 1975 portant création du Centre national d'art et de culture Georges-Pompidou*, Rec., p. 103.

[1632] C. Constit., n° 89-162 L du 5 décembre 1989, *Nature juridique de dispositions de l'article 22 de la loi n°66-948 du 22 décembre 1966 concernant l'Institut national de la consommation*, Rec., p. 100.

[1633] Voir sur ce point, O. Dugrip, « La notion de « règle concernant la création des catégories d'établissements publics » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat », *in Mélanges en l'honneur de Roland Drago*, Paris, Dalloz, 1996, p. 373.

[1634] C. Constit., n°64-27 L des 17 et 19 mars 1964, *Examen de certaines dispositions des articles 1er, 5, 6, 7 bis et 11 de l'ordonnance n°59- 273 du 4 février 1959 relative à la Radiodiffusion-Télévision française, ainsi que de celles de l'article 70 de la loi n°61- 1396 du 21 décembre 1961 portant loi de finances pour 1962*, Rec., p. 33.

[1635] Voir par ailleurs sur la question du monopole, C. Constit., n°87-152 L du 24 novembre 1987, *Nature juridique de la dénomination « Office national d'immigration*, Rec., p. 58. Le Conseil constitutionnel relève que « *l'Office national d'immigration a, en raison notamment du monopole qui lui est attribué tant pour l'introduction en métropole de travailleurs originaires des territoires d'outre-mer et des étrangers, que du recrutement en France des travailleurs pour l'étranger, créé une catégorie particulière d'établissements publics* ».

reçu en ce domaine, elle constitue, à elle seule, une catégorie d'établissement public sans équivalent sur le plan national[1636] ». Dès lors, entrent dans le champ de compétence du législateur les dispositions qui, dans le statut de la Radiodiffusion, se rattachent aux garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ou qui consacrent la création d'une catégorie d'établissement public[1637]. L'objet de la RTF, la communication des idées et des informations, son influence sur les libertés publiques qu'elle intéresse, le monopole des émissions qu'elle a reçu, font qu'elle constitue à elle seule, une catégorie d'établissements publics sans équivalent sur le plan national[1638].

Cette démarche, qui consiste à ne pas utiliser directement la rubrique de l'article 34 relative aux « *garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques* », mais indirectement pour élargir la portée d'une autre rubrique, nous livre des enseignements quant à la méthode utilisée par le juge constitutionnel en la matière. Pour déterminer dans quels cas un établissement public du fait de sa particularité, est susceptible de représenter une catégorie à lui seul, l'analyse du Conseil constitutionnel est confortée dans certains cas, en raison de l'objet particulier des établissements. Cet objet peut intéresser dans tel ou tel cas d'autres dispositions de l'article 34. La compétence du législateur s'impose alors avec d'autant plus de conviction[1639].

Pour déterminer si un ou plusieurs établissements peuvent être rattachés à une catégorie existante ou au contraire, consacrent une catégorie nouvelle, un certain nombre de critères ont été identifiés par la jurisprudence, tant constitutionnelle qu'administrative : ce sont les critères de distinction des catégories.

[1636] C. Constit., n°64-27 L des 17 et 19 mars 1964, *op.cit.*

[1637] Comme le relève Léo Hamon sur cette décision, « *la mise en cause des libertés publiques pouvait et devait à elle seule motiver une intervention législative à l'effet de choisir entre les régimes de monopole, de liberté ou d'autorisation de l'émission* ». Mais comme cette question n'a pas été soulevée, poursuit-il, « *les problèmes traités en 1964 se sont posés à propos d'un établissement public et c'est la combinaison des deux alinéas de l'article 34 qui caractérise et inspire la décision du 19 mars 1964* ». Voir *D.* 1965, p. 189, note L. Hamon.

[1638] Voir A. H. Mesnard, « Dix années de jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière de répartition des compétences législatives et règlementaires », *AJDA*, 1970, p. 262 : « *la Radiodiffusion-Télévision Française constitue, sans discussion possible, une espèce exceptionnelle d'établissement public* ».

[1639] Voir sur ce point, F. Vincent, « De l'inutilité de l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958 », *AJDA*, 1965, p. 571 : « *Si le Conseil constitutionnel recourt plus fréquemment que le Conseil d'Etat à la technique de l'énumération pour déterminer ce qui ressort de la compétence du législateur, l'empirisme caractérise pour une large part la méthode des deux interprètes. Placé devant un problème déterminé, les juges constatent l'identité ou la contrariété des solutions adoptées par la pratique législative ou réglementaire antérieure. Ils s'efforcent dès lors de trouver un fondement juridique susceptible de confirmer ou d'infirmer la décision qui leur est soumise. De la multiplicité des fondements fournis par l'article 34, ils dégagent celui qui leur semble le plus approprié sans pour autant opérer de distinction fondamentale entre les alinéas 2, 3 et 4. S'agissant d'interpréter les dispositions d'un texte souvent obscur, ce pragmatisme ne peut surprendre* ».

2/ Les délicats critères d'identification des catégories ou comment ranger les établissements au sein des catégories ?

C'est à l'autorité qui a pris l'initiative de la création ou de la transformation d'un établissement, c'est-à-dire au Gouvernement ou au Parlement, de décider si l'établissement projeté ou modifié s'insère ou non dans une catégorie où d'autres établissements analogues sont déjà rangés ou en cas de recours, au Conseil constitutionnel ou au Conseil d'Etat. En l'absence de définition par la Constitution ou la loi de cette notion de catégorie d'établissements publics voire de critères qui permettent de délimiter le rattachement d'un établissement à une catégorie existante, il est revenu au Conseil constitutionnel et au Conseil d'Etat de dégager au gré des espèces, de tels critères.

Dès 1961[1640], le juge constitutionnel dresse des critères pour pouvoir se prononcer sur l'éventuel caractère règlementaire de certaines dispositions contenues dans l'ordonnance du 5 janvier 1959 portant création de l'Institut des Hautes Etudes de l'Outre-Mer. De façon claire, le Conseil constitutionnel relève que « *doivent être regardées comme étant dans la même catégorie, au sens de la disposition susmentionnée, les établissements publics dont l'activité a le même caractère-administratif ou industriel et commercial- et s'exerce, territorialement, sous la même tutelle administrative, et qui ont une spécialité étroitement comparable*[1641] ». En d'autres termes, l'appréciation du rattachement d'un ou plusieurs établissements au sein d'une catégorie existante est effectuée compte tenu du caractère de l'activité exercée, administratif ou industriel et commercial, de la tutelle et/ou le rattachement territorial de l'établissement[1642] et enfin, de la spécialité étroitement comparable de l'établissement[1643].

[1640] C. Constit., n°15-L du 18 juillet 1961, *Institut des hautes études de l'outre-mer*, Rec., p. 38.

[1641] *Ibid.*

En l'espèce, l'Institut constitue un « *établissement public de caractère administratif, dont l'activité s'exerce sous la tutelle de l'Etat et a un objet comparable à celui de nombreux autres établissements public nationaux d'enseignement supérieur obéissant à des règles communes de fonctionnement et d'organisation* ». Par conséquent, l' IHEOM. ne constitue pas une catégorie particulière d'établissement public et les dispositions de l'ordonnance qui le régissent ont un caractère réglementaire.

[1642]Certains ont pu considérer que le Conseil mettait essentiellement l'accent sur la tutelle, d'autres y voyant davantage un critère portant à la fois sur la tutelle et sue le rattachement territorial. Cependant, il faut considérer que « *pratiquement tout établissement public est soumis à un contrôle de tutelle de la part de l'autorité centrale. La solution est si générale qu'elle s'applique évidemment aux établissements publics locaux. Il s'agit de faire prévaloir, ou au moins de sauvegarder, l'intérêt général contre les abus possibles des autorités décentralisées. On peut même affirmer que la tutelle est particulièrement justifiée dans le cas des établissements locaux puisque l'intérêt national peut y être compromis par des intérêts qui sont à la fois locaux et techniques* ». Pour cette raison, la plupart des auteurs s'accordent pour considérer que le deuxième critère avancé par le Conseil constitutionnel, la tutelle, signifie « *en réalité rattachement à une ou plusieurs collectivités publiques* ». Voir, sur ce point, J-C. Douence, « Le rattachement des établissements publics à une collectivité territoriale. Le cas des établissements publics locaux », *AJDA*, 1971, p. 7 ; O. Dugrip, « La notion de « règle concernant la création des

Déterminés de façon empirique, ces critères ne sont pas figés. Notamment, compte tenu de la difficulté d'application de ces critères en pratique, le Conseil constitutionnel revient à l'occasion d'une décision du 25 juillet 1979[1644], sur la nécessité d'intégrer la nature de l'activité prise en charge par l'établissement, pour évaluer sa singularité. Précisément, il ressort de la décision de 1979, « *qu'il n'y a pas lieu de retenir également parmi les critères déterminant l'appartenance d'établissements publics à une même catégorie la condition qu'ils présentent le même caractère : administratif, industriel et commercial, scientifique et technique ou scientifique et culturel*[1645] ».

Très explicite dans le corps même de sa décision, le juge précise que l'abandon pur et simple du critère relatif à la nature de l'établissement repose sur le fait que cet aspect ne figure pas nécessairement dans les règles constitutives de l'établissement et qu'il est susceptible d'être modifié par le pouvoir règlementaire[1646]. Par cette formule ainsi, le juge constitutionnel entend souligner plus généralement les difficultés d'application des critères d'identification des établissements publics[1647]. Notamment, la jurisprudence constitutionnelle entend accompagner la pratique et une forme de désintérêt par la nature de l'établissement public[1648]. Par exemple, il existe aujourd'hui des établissements dits à statut hybride. Il peut s'agir d'établissements à double visage, c'est-à-dire ceux qui comportent en leur sein, plusieurs services publics de types différents ou d'établissements publics à visage inversé parmi lesquels, les établissements publics qualifiés par décret d'industriels et commerciaux afin de les soumettre au droit privé, alors qu'ils remplissent essentiellement des missions de service public administratif[1649].

Il est donc aujourd'hui admis qu'il peut ne pas y avoir coïncidence entre le caractère des établissements publics et celui des services effectivement gérés par ces établissements. En

---

catégories d'établissements publics » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat », *in Mélanges en l'honneur de Roland Drago*, Paris, Dalloz, 1996, p. 379.

[1643] En 1979, le Conseil constitutionnel préfère la notion de « *spécialité analogue* ». Voir C. Constit., n°79-107 L du 30 mai 1979, *Nature juridique des dispositions de l'article 2 de la loi n° 67-7 du 3 janvier 1967 portant création d'organismes de recherche (Agence nationale de valorisation de la recherche)*, Rec., p. 44.

[1644] C. Constit., n°79-108 L du 25 juillet 1979, *Nature juridique des dispositions des articles L. 330-1 à L. 330-9 du Code du travail relatifs à l'Agence nationale pour l'emploi*, Rec., p. 45.

[1645] *Ibid.*

[1646] *Ibid.* : « *en raison de ce que les règles constitutives d'un établissement public ne comportent pas nécessairement l'indication de ce caractère, qui peut au surplus être modifié par un acte réglementaire* ».

[1647] Voir à ce sujet, R. Drago, *Les crises de la notion d'établissement public*, th., Paris, Pédone, 1950, 286 p.

[1648] Sur cette question, voir J-P. Théron, *Recherche sur la notion d'établissement public*, th., Paris, LGDJ, 1976, 329 p.

[1649] Voir E. Fatôme, « A propos de la distinction entre les établissements publics à caractère administratif et les établissements publics à caractère industriel et commercial », *in Mélanges René Chapus*, Paris, Montchrestien, 1992, p. 171.

abandonnant le caractère de l'établissement, le Conseil constitutionnel a fait semble-t-il le choix d'un contrôle plus précis et pragmatique, en essayant de se prononcer sur l'ensemble et l'ampleur réelle de la mission de l'établissement. Les établissements publics regroupés au sein d'une même catégorie devront être ressemblants, eu égard à l'ensemble des activités qu'ils assurent[1650]. Confronté aux règles constitutives d'un établissement public qui ne comporte pas nécessairement l'indication de son caractère ou parce que ce même caractère peut être modifié par un acte réglementaire, le Conseil constitutionnel a tiré toutes les conséquences nées de la pratique.

Enfin et pour finir sur ce point, deux conséquences pratiques sont directement liées à ce changement. Dorénavant tout d'abord, des établissements publics peuvent appartenir à une même catégorie, même si l'activité des uns est à caractère administratif et celle des autres, de nature industrielle et commerciale et même si par la suite, le régime des uns est fondamentalement différent des autres[1651].

L'autre conséquence de cette évolution des instruments de contrôle du Conseil constitutionnel est celle d'une restriction du domaine de la loi dans la mesure où l'indifférence à l'égard du caractère de l'établissement élargit le champ de la catégorie susceptible de recevoir davantage d'établissements en son sein. Par ailleurs, le caractère de l'établissement n'étant plus un élément déterminant de la catégorie à laquelle il appartient, la loi n'a plus à la préciser et cela relève du pouvoir réglementaire qui peut au surplus, nous dit le Conseil, modifier ce caractère. Le pouvoir réglementaire est alors maître de la dénomination de l'établissement, qu'il peut fixer et changer sous réserve de ne pas en dénaturer les règles constitutives.

[1650] Sur l'application d'un contrôle réaliste, voir Conseil d'Etat, *Etude sur les établissements publics. Réflexion sur les catégories et les spécificités des établissements nationaux*, Paris, La Documentation française, 2010, p. 19 : « *en dehors des critères qui figurent dans les considérants de principe de ces décisions, le Conseil retient aussi parfois un argument confortatif tiré des règles communes d'organisation et de fonctionnement. D'autre part, l'investigation conduisant à définir l'objet de l'établissement en vue de décider s'il y a spécialité se fait parfois en deux étapes, la première portant sur la mission de l'établissement considéré et la seconde sur le domaine où cette mission s'exerce* ».

[1651] Voir sur ce point, R. Chapus, *Droit administratif général*, t. 1, 14e éd., Paris, Montchrestien, 2000, p. 374 : « *Voilà qui peut heurter le sens commun. Et ce ne sont pas les motifs obscurs donnés par le Conseil constitutionnel à ce changement de sa jurisprudence qui sont susceptibles de justifier juridiquement la restriction du domaine réservé à la loi qui en résulte* ».

B/ Le législateur est compétent pour fixer les règles de création au sein d'une catégorie d'établissements publics eu égard à l'importance de la règle en cause

En prévoyant d'une façon générale, que le législateur est compétent pour fixer « *les règles concernant la création de catégories d'établissements publics* », l'article 34 de la Constitution suppose la compétence du législateur pour créer une catégorie nouvelle, mais également pour fixer les règles constitutives qui régissent les établissements au sein de la catégorie créée. En la matière, la compétence du législateur est déterminée compte tenu de l'étendue et de la nature de telle règle particulière[1652]. Par exemple, parmi les règles réglant l'organisation de la RATP, celle qui prévoit la présence de représentants des collectivités locales au sein du conseil d'administration est du domaine de la loi et celle qui détermine le nombre de représentants, du domaine du règlement[1653]. En d'autres termes, la première est une règle déterminante de l'établissement concerné, pas la seconde[1654].

[1652] *Ibid.*, p. 376 : « *on pourrait dire que ce sont les règles qui dessinent l'épure de la catégorie, les lignes essentielles de son architecture, celles qui donneront à la catégorie son allure générale* ». On peut considérer également que le pouvoir réglementaire est compétent pour fixer les modalités d'application d'une règle adoptée par le législateur. Voir par exemple, une décision du 10 novembre 1982, où le Conseil constitutionnel relève que seul le législateur est compétent pour fixer les règles de création du Centre national d'art et de culture Georges-Pompidou, constituant à lui seul une catégorie d'établissement public et que les dispositions relatives au conseil de direction de l'établissement, « *sont législatives dans la mesure où elles prévoient que les responsables des services du centre font partie de son conseil de direction ; qu'en revanche, elles constituent de simples modalités d'application de nature réglementaire en tant qu'elles précisent, en se référant à l'organisation interne du centre, que ces responsables de services sont les seuls directeurs des départements de l'établissement public* ». Voir C. Constit., n° 82-127 L du 10 novembre 1982, *Nature juridique des dispositions de l'article 4, alinéa 2, de la loi n° 75-1 du 3 janvier 1975 portant création du Centre national d'art et de culture Georges-Pompidou*, Rec., p. 103.

[1653] Voir C. Constit., n°1-L du 29 novembre 1959, *Régie Autonome des Transports Parisiens*, Rec., p. 67. Précisément, le Conseil constitutionnel considère « *qu'au nombre des règles qui régissent cet établissement et qui sont du domaine de la loi, (...), doit être comprise celle prévoyant la présence de représentants des collectivités locales au sein du conseil d'administration* » Cependant, en ce qui concerne le nombre de représentants, la Haute Instance ajoute, « *que le nombre total des membres de ce conseil et celui des représentants des collectivités locales qui en font partie n'est pas, dans les circonstances de l'espèce, un élément déterminant de la règle visée à l'alinéa précédent* ».

[1654] Cet aspect est particulièrement bien mis en valeur à propos de la RTF puisque le Conseil constitutionnel a considéré qu'au nombre des règles qui ressortent de la compétence du législateur, « *il y a lieu de ranger, non seulement celles qui déterminent les rapports de la Radiodiffusion-Télévision Française avec l'Etat, mais encore, en raison du caractère exceptionnel que celle-ci présente* (…)*, les règles qui fixent le cadre général de son organisation et de son fonctionnement* ». En d'autres termes, ayant pour objet la communication des idées et des informations, la détermination des règles constitutives dépend doublement du législateur puisqu'il est également compétent pour fixer les règles concernant « *les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques* » conformément à l'article 34 de la Constitution. Léo Hamon explique qu'à « *la différence du Conseil d'Etat, le Conseil constitutionnel n'est pas compétent pour donner un avis si un texte spécial ne l'a pas prévu. (...) Or, l'article 37 de la Constitution permet au Gouvernement la consultation du Conseil constitutionnel seulement à propos de dispositions de forme législative intervenues postérieurement à l'entrée en vigueur de la Constitution de 1958. Le Conseil constitutionnel ne peut donc pas donner un avis en blanc sur les dispositions propres à entrer dans le domaine législatif ou dans le domaine réglementaire. Et la décision du 19 mars ne se présente pas comme un traité des domaines respectifs des compétences législatives et réglementaires en matière de radiotélévision, mais comme une ventilation de ce qui, dans un texte précis pris sous l'empire de la Constitution de 1958, à savoir l'ordonnance de 1959, entre dans l'un ou l'autre domaine* ».

Il apparaît alors d'emblée délicat[1655] d'extraire une énumération générale et stable des règles constitutives à la lumière d'espèces qui dans la continuité de cette décision, sont largement imprégnées de l'établissement particulier, objet de la saisine. L'analyse de la jurisprudence induit alors nécessairement la question de savoir, si ce qui est important pour telle catégorie dans telle espèce, l'est de la même manière, pour une autre catégorie d'établissements publics ? Au fond, ne faut-il pas considérer qu'une règle n'apparaît constitutive qu'éclairée des caractéristiques propres à chaque catégorie d'établissements publics et ne peut pas être généralisée à l'ensemble des catégories d'établissements publics ?

De façon appliquée, et témoignant du caractère fuyant des règles déterminantes, ont été respectivement considérées comme des règles dont la fixation appartient au législateur, les règles définissant les catégories de personnes siégeant dans les conseils d'administration des agences financières de bassin, « *ainsi que l'importance relative accordée aux diverses catégories de membres composant ces conseils*[1656] » et les règles relatives à la composition du conseil d'administration de centres de gestion et, plus particulièrement, « *la composition et les modalités d'élection des membres du conseil d'administration des centres de gestion*[1657] ». De même, celles qui prévoient que les responsables des services du Centre national d'art et de culture Georges-Pompidou font partie de son conseil d'administration, mais pas celles qui précisent « *en se référant à l'organisation interne du centre, que ces responsables de services sont les seuls directeurs des départements de l'établissement public*[1658] » ou « *la détermination des catégories de collectivités territoriales constituant le Syndicat des transports parisiens*[1659] » ; les dispositions qui ont « *pour objet de donner la majorité au sein du Conseil d'administration du centre de formation des personnels communaux, et à parité entre eux, aux représentants élus, d'une part des communes et des établissements publics*

Voir C. Constit., n°64-27 L des 17 et 19 mars 1964, *Examen de certaines dispositions des articles 1er, 5, 6, 7 bis et 11 de l'ordonnance n°59-273 du 4 février 1959 relative à la Radiodiffusion- Télévision française, ainsi que de celles de l'article 70 de la loi n°61-1396 du 21 décembre 1961 portant loi de finances pour 1962*, Rec., p. 33.

[1655] Voir Conseil d'Etat, *Etude sur les établissements publics. Réflexion sur les catégories et les spécificités des établissements nationaux*, Paris, La Documentation française, 2010, p. 19.

[1656] C. Constit., n° 82-124 L du 23 juin 1982, *Nature juridique des dispositions du premier alinéa de l'article 13 et du deuxième alinéa de l'article 14 de la loi n° 64-1245 du 16 décembre 1964 relative au régime et à la répartition des eaux et à la lutte contre leur pollution*, Rec., p. 99.

[1657] C. Constit., n° 83-168 DC du 20 janvier 1984, *Loi relative au statut de la fonction publique territoriale*, Rec., p. 38.

[1658] C. Constit., n° 82-127 L du 10 novembre 1982, *Nature juridique des dispositions de l'article 4, alinéa 2, de la loi n° 75-1 du 3 janvier 1975 portant création du Centre national d'art et de culture Georges-Pompidou*, Rec., p. 103.

[1659] C. Constit., n° 99-186 L du 31 mai 1999, *Nature juridique des dispositions du premier alinéa de l'article 1er de l'ordonnance n° 59- 151 du 7 janvier 1959 modifiée relative à l'organisation des transports de voyageurs dans la région parisienne*, Rec., p. 69.

intéressés, d'autre part, des personnels intéressés[1660] », mais pas celles sur « *le nombre de ces représentants en dehors du principe de parité*[1661] » ou relatives à la détermination du nombre des membres du conseil d'administration, voire qui « *désignent les ministres représentés audit conseil*[1662] ». Enfin, le Conseil constitutionnel a identifié comme règles déterminantes, celles « *déterminant les organes de direction et d'administration*[1663] » de l'établissement public national chargé des diagnostics et opérations de fouilles d'archéologie préventive, notamment les règles qui précisent « *leur rôle, les conditions de leur élection ou de leur désignation, les catégories de personnes représentées en leur sein, ainsi que les catégories de ressources dont peut bénéficier l'établissement*[1664] ».

Au-delà de ces qualifications particulières, c'est au travers d'une décision du 28 juillet 1993 que le Conseil constitutionnel profite de l'appréciation des règles constitutives des établissements publics à caractère culturel, scientifique et professionnel, pour se prononcer plus généralement sur l'identification de telles règles. Précisément relève le juge constitutionnel, au nombre des règles constitutives « *figurent la détermination et le rôle de leurs organes de direction et d'administration, les conditions de leur élection ou de leur désignation, la détermination des catégories de personnes représentées au sein des conseils des établissements, celles des catégories de ressources dont peuvent bénéficier ces établissements, la nature et les fonctions des composantes internes ainsi que les conditions de désignation ou d'élection de leurs organes de direction et d'administration dès lors que ces composantes sont dotées de compétences qui leur sont propres*[1665] ».

S'agissant de l'analyse doctrinale de la jurisprudence, les auteurs des « *Grandes décisions du Conseil constitutionnel*[1666] » suggèrent en la matière, l'application d'un critère opposant la « *mise en œuvre et la mise en cause*[1667] » d'une règle, pour déterminer le caractère déterminant des règles d'organisation des catégories d'établissements publics. Inspirée des

---

[1660] C. Constit., n°76-93 L du 6 octobre 1976, *Appréciation de la nature juridique de certains textes relatifs à l'administration communale (personnel communal)*, Rec., p.63.
[1661] C. Constit., n°67-47 L du 12 décembre 1967, *Examen de certaines dispositions de l'article 1er de l'ordonnance n°59- 151 du 7 janvier 1959 relative à l'organisation des transports de voyageurs dans la région parisienne*, Rec., p. 34.
[1662] *Ibid.*
[1663] C. Constit., n° 2000-439 DC du 16 janvier 2001, *Loi relative à l'archéologie préventive*, Rec., p. 42.
[1664] *Ibid.*
[1665] C. Constit., n°93-322 DC du 28 juillet 1993, *Loi relative aux établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel*, J. O. 30juillet 1993, p. 10750.
[1666] Voir L. Favoreu, L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 13e éd., Paris, Dalloz, p. 64.
[1667] *Ibid.*

travaux généraux d'André De Laubadère sur les méthodes du juge constitutionnel dans la répartition des compétences entre le Gouvernement et le Parlement[1668], ce critère signifie que quand de nouvelles dispositions mettent en cause les règles, elles demeurent de la compétence du législateur et à l'inverse, quand elles se bornent à mettre en œuvre les règles d'ores et déjà fixées par la loi, elles peuvent être décidées par le pouvoir règlementaire[1669].

De la même façon, par analogie avec les critères dégagés par la jurisprudence à propos des principes fondamentaux, le Professeur Gérard-Cohen parle d'un critère qui repose sur l'importance de la règle en cause[1670]. Une telle analyse d'ailleurs, confirme la tendance générale identifiée par Louis Favoreu en 1981 à propos de l'évolution du mécanisme de répartition des compétences sous l'effet de l'interprétation par le Conseil constitutionnel, des articles 34 et 37 de la Constitution. A titre principal, il évoque le passage progressif d'une répartition des compétences compte tenu de l'objet de la réglementation tendant progressivement, à devenir une répartition en fonction de l'importance de la règle, quel que soit le domaine concerné[1671]. Chaque champ de compétence au sein d'un même domaine est ainsi déterminé suivant l'importance de la règle.

Evidemment un tel critère apparaît délicat à manier et on peut se poser la question de savoir comment apprécier ce qui fait l'importance d'une règle et par extension, si l'importance d'une règle ne constitue pas un guide pouvant conduire à une répartition arbitraire du domaine de la loi et du règlement par le juge constitutionnel?[1672]

[1668] *Ibid.* : « *lorsque l'article 34 réserve à la loi soit les règles d'une matière, soit les principes fondamentaux, cela ne signifie pas nécessairement que toute disposition touchant à ces règles ou à ces principes fondamentaux ait un caractère législatif. Seule possèdent cette nature les dispositions qui, par l'importance de leurs incidences, ont un caractère déterminant à l'égard de la règle ou du principe intéressé, non celles qui ne concernent que leur mise en œuvre ou leurs modalités d'application* ».

[1669] *Ibid*., p. 65 : Le caractère déterminant, « *revient à peu près à l'opposition mise en cause- mise en œuvre : les dispositions qui mettent en cause les règles sont du domaine de la loi et celles qui mettent en œuvre, du domaine du règlement (...) ». Il y aurait donc une « similitude entre le critère de l'élément déterminant et celui de mise en cause- mise en œuvre utilisé en matière de principes fondamentaux* ».

[1670] A. Gérard Cohen, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel relative au domaine de la loi d'après l'article 34 de la Constitution », *RDP*, 1963, p. 756.

[1671] Voir L. Favoreu (Dir.), *Vingt ans d'application de la Constitution de 1958 : Le domaine de la loi et du règlement*, 2e éd., Aix-en-Provence, PUAM, 1981, 283 p. Il ajoute : « *la répartition horizontale des compétences a peu à peu cédé le pas à la répartition verticale. Loi et règlement ont pratiquement le même domaine géographique ou matériel d'intervention. Donc, du fait de la pratique suivie au sein des assemblées et de la jurisprudence des Conseils, chaque pouvoir peut intervenir dans toutes les matières* ».

[1672] Pour le Professeur Gérard-Cohen, il s'agit d'un « *guide assez précis* », qui permet au Conseil constitutionnel de déterminer ce qui est important et ce qui ne l'est pas : « *si l'on admet que certaines règles ou principes sont reconnus sans équivoque, seul se pose en effet un problème de frontière pour les cas douteux. Or le Conseil constitutionnel rattache aux règles et aux principes évidents, toutes les modalités faisant partie intégrante d'une règle ou constituant un élément déterminant de la règle, toutes les conditions d'exercice d'un principe. Le critère est ici un lien de nécessité entre la règle et le principe et les modalités en cause, telles que ces modalités si elles étaient fixées dans un esprit différent dénatureraient ou altèreraient le droit reconnu* ». Voir A. Gérard

S'il apparait difficile de considérer que la qualification circonstancielle d'une règle déterminante constitue une règle constitutive pour l'avenir et pour toute catégorie d'établissements publics[1673], il n'en demeure pas moins, en dernière analyse, qu'une vue d'ensemble sur la jurisprudence, permet de dégager des tendances. Précisément, la multiplication des décisions du Conseil constitutionnel a permis à la doctrine de s'accorder sur une liste non exhaustive de règles constitutives qui intéressent tous les établissements publics, « *un fond commun*[1674] » pour reprendre les termes employés par le Professeur Dugrip.

Ainsi, la synthèse de la jurisprudence constitutionnelle permet d'induire que d'une façon générale, font parties des règles déterminantes des catégories d'établissements publics, « *la détermination de la personnalité juridique du ou des établissements constituant la catégorie ; la définition du cadre général de la mission, à la différence, des modalités d'exécution qui sont de nature réglementaire ; l'extension de l'aire géographique à de nouvelles collectivités territoriales*[1675] *; la définition des rapports avec l'Etat* [1676]*; la définition des catégories de personnes siégeant au conseil d'administration et l'importance relative accordée à ces diverses catégories, en particulier l'établissement d'une règle de parité*[1677] *; la présence des représentants des collectivités locales au conseil d'administration*[1678] *et l'énumération des catégories de ressources dont disposent le ou les établissements*[1679] ».

Sur ce point, le Professeur Mesnard considère qu'« *outre la décision de créer une nouvelle catégorie d'établissements publics, l'objet, la personnalité juridique et son étendue, le principe d'un certain degré de contrôle exercé par l'Etat et les collectivités locales, ainsi que*

Cohen, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel relative au domaine de la loi d'après l'article 34 de la Constitution », *op.cit.*, p. 756.

[1673] Léo Hamon, à propos de la première décision du Conseil constitutionnel en la matière, remarque déjà : « ***on admettra fort bien qu'elle a pu constituer une solution pratique satisfaisante pour l'espèce examinée- mais il faudra conclure qu'elle ne peut faire jurisprudence, car elle ne nous trace pas les règles qui pourraient servir à reconnaître le caractère déterminant d'un élément, c'est-à-dire l'autorité compétente pour statuer à son sujet*** ».

[1674] O. Dugrip, « La notion de « règle concernant la création des catégories d'établissements publics » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat », *in Mélanges en l'honneur de Roland Drago*, Paris, Dalloz, 1996, p. 388.

[1675] C. Constit., n°67-47 L du 12 décembre 1967, *Examen de certaines dispositions de l'article 1er de l'ordonnance n°59- 151 du 7 janvier 1959 relative à l'organisation des transports de voyageurs dans la région parisienne*, Rec., p. 34.

[1676] C. Constit., n°64-27 L des 17 et 19 mars 1964, *Examen de certaines dispositions des articles 1er, 5, 6, 7 bis et 11 de l'ordonnance n°59-273 du 4 février 1959 relative à la Radiodiffusion-Télévision française, ainsi que de celles de l'article 70 de la loi n°61-1396 du 21 décembre 1961 portant loi de finances pour 1962*, Rec., p. 33.

[1677] C. Constit., n° 82-124 L du 23 juin 1982, *Nature juridique des dispositions du premier alinéa de l'article 13 et du deuxième alinéa de l'article 14 de la loi n° 64-1245 du 16 décembre 1964 relative au régime et à la répartition des eaux et à la lutte contre leur pollution*, Rec., p. 99.

[1678] C. Constit., n°1-L du 29 novembre 1959, *Régie Autonome des Transports Parisiens*, *Op. Cit*.

[1679] Conseil d'Etat, *Etude sur les établissements publics. Réflexion sur les catégories et les spécificités des établissements nationaux*, Paris, La Documentation française, 2010, p. 19.

la compétence géographique de l'établissement ; en une formule : le législateur a la compétence de la compétence[1680] ».

L'ensemble de ces exemples témoigne donc de concert, que la recherche de critères permettant de caractériser la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les règles constitutives s'avère délicate et c'est seulement en compilant l'ensemble des décisions, la multiplication des cas d'espèces, que l'on peut concrètement saisir l'étendue de la compétence du législateur en la matière.

Conclusion du chapitre 1er

Le Conseil constitutionnel à l'occasion des saisines, dit le droit tel qu'interprété du texte suprême et s'inscrit, le plus souvent, strictement dans le cas d'espèce qui lui est soumis[1681]. Il en résulte une jurisprudence empirique, dont les effets sur le travail de systématisation doctrinal se fait sentir.

S'agissant des politiques jurisprudentielles étudiées, deux grandes tendances se dégagent. Soit la doctrine se contente de décrire la jurisprudence sans s'élever en généralité, soit elle parvient à élaborer des constructions plus générales sur la base des décisions du Conseil constitutionnel mais celles-ci sont le plus souvent démenties par la jurisprudence ultérieure. Sur ce dernier point, l'analyse doctrinale de la jurisprudence constitutionnelle tend à identifier un certain nombre de critères pour rendre compte de la méthode utilisée par le Conseil constitutionnel. Sorte de guide pour mieux comprendre telle politique jurisprudentielle, cette synthèse autour de critères, n'en est pas moins très dépendante de son application en pratique.

[1680] A-H. Mesnard, « Dix années de jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière de répartition des compétences législatives et règlementaires », *AJDA*, 1970, p .259.

[1681]Voir la Préface à l'analyse de la jurisprudence constitutionnelle par le Professeur Dominique Rousseau dans son manuel de contentieux constitutionnel : « ***le droit constitutionnel devient essentiellement jurisprudentiel, ce qui signifie que le Conseil constitutionnel, au gré des affaires dont il saisi, « dit le droit », sans prétention de répondre à une théorie, ou d'en construire une par ses décisions. Parler de « grande politiques jurisprudentielles constitutionnelles » n'a pas pour ambition de proposer cette construction ou cette lecture théorique qui serait censée faire défaut : un tel travail serait toujours condamné à être en porte-à-faux avec une jurisprudence avant tout pragmatique. Il s'agit plus modestement, d'apprécier, selon la définition de la politique juridictionnelle rappelée par Léo Hamon, l'activité par laquelle le juge use de son pouvoir d'appréciation et de rédaction des motifs de sa décision afin de voir assumer certaines positions, voire certains rôles à l'instance à laquelle il appartient*** ». Voir D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, 8e éd., Paris, Monchrestien, 2008, p. 237 ; voir par ailleurs, G. Vedel, « La manière dont les saisines sont perçues par les membres du Conseil », *in* Association française des constitutionnalistes, *Vingt ans de saisine parlementaire du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1996, p. 63 : « *le conseil ne rédige pas en parties, en titres et en chapitres comme une thèse-cela ferait sourire, et l'on dirait qu'une décision de justice n'est tout de même pas un ouvrage de doctrine* ».

En effet, pour reprendre des exemples jurisprudentiels étudiés, ce sont des clauses particulières du traité qui permettent d'apprécier véritablement les critères d'une atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale. Ce sont également les règles particulières d'organisation d'une catégorie d'établissements publics qui déterminent avec précision, dans quels cas elles ont une importance telle, qu'elles doivent nécessairement avoir un caractère législatif.

Evidemment constater que la démarche du Conseil constitutionnel est empirique ne suffit pas. Rapproché d'exemples étrangers, qui font montre d'un conceptualisme assez fort dans le cadre de leur mission juridictionnelle, la comparaison permet de saisir plus précisément la politique jurisprudentielle du Conseil constitutionnel.

Chapitre 2/ De l'empirisme du juge constitutionnel : aspects théoriques et pratiques à partir de la comparaison avec l'étranger

Plusieurs raisons peuvent expliquer l'empirisme du Conseil constitutionnel. D'abord, dans la mesure où le Conseil constitutionnel est le dernier né d'un système juridique qui relève de la famille des Etats de tradition « *romano-germanique* », la concision de ses décisions et le laconisme dont il fait montre, ne sauraient surprendre. Effectivement, on a coutume d'expliquer la place du juge[1682] en lien avec le système juridique dans lequel il est inséré. Notamment, suivant que le pouvoir judicaire est organisé au sein de la famille de droit « *romano-germanique* » et ou de la « *Common law*[1683] », sont éclaircies les questions générales de la place de juge, ses attributions ou la prise en compte de la jurisprudence comme source du droit[1684]. Par extension, de l'appartenance à l'un ou l'autre grand système, est déduit un style standard de décision à la fois dans le fond et dans la forme[1685]. Généralement ainsi, c'est le cas en France, la décision de justice au sein des Etats appartenant à la tradition « *romano-germanique* » est rendue dans un style concis, est le plus souvent brève[1686] et est construite conformément à un raisonnement par syllogisme[1687]. A l'inverse, la décision juridictionnelle des Etats de la *Common law* est rendue sous forme de véritable dissertation et contient de véritables discussions doctrinales en ayant éventuellement recours à des arguments scientifiques. Mobilisant la jurisprudence antérieure et les opinions dissidentes, les décisions de justice sont bien plus longues et plus explicites.

[1682] Si le débat autour de la question de savoir si le Conseil constitutionnel peut être véritablement considéré comme une juridiction ne semble plus véritablement passionner les juristes, il l'est d'autant moins depuis la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008. Plus précisément, la consécration de la question prioritaire de constitutionnalité dans l'ordre juridique, introduit un certain nombre de règles applicables à toute juridiction. Sur ce point, voir P. Jan, *Le procès constitutionnel*, 2e éd., Paris, LGDJ, 2010, 233 p.
Parallèlement, l'argument selon lequel le Conseil constitutionnel serait un organe politique, compte tenu de la procédure de nomination des membres, - une décision discrétionnaire entre les mains du Président de la République, du Président de l'Assemblée nationale et du Sénat -, est partiellement vidé de sa substance. La révision constitutionnelle de 2008 sur ce point, introduit une procédure de contrôle des nominations par les parlementaires. L'article 56 de la Constitution prévoit que « *le pouvoir de nomination du Président de la République s'exerce après avis public de la commission permanente de chaque assemblée* » et que ce pouvoir « *ne peut procéder à une nomination lorsque l'addition de votes négatifs dans chaque commission représente au moins trois cinquième des suffrages exprimés au sein des deux commissions* ». Voir D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, 8e éd., Paris, Montchrestien, 2008, p. 38.

[1683] Sur cette grande distinction des systèmes de droit, voir, notamment, R. David, C. Jauffret-Spinosi, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11e éd., Paris, Dalloz, 2002, 553 p.

[1684] Voir sur ce point, J. Foyer, « Allocution d'ouverture », *in* J. Foyer, G. Canivet (Dir.), *La création du droit par le juge*, *Archives de philosophie du droit*, 2007, p. 3.

[1685] Voir G. Cuniberti, *Grands systèmes de droit contemporain*, Paris, LGDJ, 2007, p. 46 et suiv.

[1686] En ce sens, le Professeur Deumier évoque « *les arrêts à la française* ». Voir P. Deumier, « Création du droit et rédaction des arrêts par la Cour de cassation », *in* J. Foyer, G. Canivet (Dir.), *La création du droit par le juge*, *op. cit.*, p. 49.

[1687] C'est-à-dire un rappel les faits, la règle de droit applicable à ces faits et la conclusion déduite du rapprochement des faits appliqués à la règle.

Pour autant, cette distinction n'est pas tenable, s'agissant plus particulièrement du juge constitutionnel, dans la mesure où certaines Cours constitutionnelles rattachées à la famille *romano-germanique* adoptent un raisonnement et mobilisent comme moyens de juger, des éléments qui les rapprochent davantage des Etats de la *Common law*[1688].

Par ailleurs, ramené à l'analyse d'une seule juridiction, on peut être tenté d'expliquer la façon de juger compte tenu d'un critère sociologique. Regroupant des personnalités variées et pour lesquelles aucune compétence juridique n'est requise, la composition du Conseil constitutionnel par exemple, est susceptible pour partie, d'expliquer le laconisme de ses décisions[1689]. Parallèlement, dans la mesure où la procédure de nomination est maîtrisée par les pouvoirs publics, l'institution serait moins juridique que politique. Néanmoins à nouveau, l'argument manque de substance, compte tenu de l'évolution de la procédure de nomination au Conseil et des choix réels des personnalités amenées à siéger[1690].

Afin donc de rendre compte de la politique méthodologique du juge constitutionnel français, il s'agit, éclairé par la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale allemande et de la Cour Suprême des Etats-Unis[1691], d'essayer de comprendre un peu plus précisément, les raisons de l'empirisme du Conseil constitutionnel d'un point de vue essentiellement juridique. Le contrôle de constitutionnalité a pour objet de confronter une loi à la Constitution et de déterminer si la première est conforme aux prescriptions de la seconde. Procédant à l'interprétation de deux normes juridiques, le juge doit déterminer leur seuil de compatibilité.

[1688] L'exemple de la Cour constitutionnelle fédérale est très significatif sur ce point.

[1689] En Allemagne, les juges de la Cour constitutionnelle fédérale doivent nécessairement être recrutés parmi des juristes. Voir M. Fromont, « Présentation de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne », *Cahiers du droit constitutionnel*, 2004, n° 15, p. 162. A l'inverse, s'agissant de la Cour Suprême des Etats-Unis, aucune condition de formation n'est requise. Voir E. Zoller (Dir.), *Les grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, Paris, Dalloz, 2010, p. 20-21.

[1690] Voir sur ce point, F. Hourquebie, « Les nominations au Conseil constitutionnel », *LPA*, 31 mai 2001, n° 108, p. 9 : « *Sur l'ensemble des nominations, en incluant les trois dernières, environ 80 % des membres appartenaient à des professions juridiques. Une étude par catégories nous apprend que 23 % d'entres eux sont avocats, 22 % professeurs d'université - dont 70 % sont professeurs de droit – 17 % sont issus du Conseil d'Etat, 8,5 % sont des hauts fonctionnaires… et seulement 7 % sont des magistrats* ».
La composition actuelle du Conseil confirme ces chiffres puisque l'ensemble des membres, quel que soit leur parcours professionnel, sont au moins licenciés en droit. Voir l'entrée « *Les membres du Conseil constitutionnel* » sur le site du Conseil : http://www.conseil-constitutionnel.fr/.

[1691] Bien entendu le Conseil constitutionnel n'a que peu de points communs avec la Cour Suprême et la Cour constitutionnelle fédérale. Ces dernières font partie du pouvoir judiciaire et sont placées au sommet de la hiérarchie de l'ordre judiciaire alors que le Conseil constitutionnel ne fait pas partie du pouvoir judiciaire en France ; elles appartiennent à un Etat fédéral alors que la France est un Etat unitaire ; elles exercent un contrôle concret et *a posteriori* alors que jusqu'à la réforme du 23 juillet 2008, le Conseil constitutionnel ne se prononce sur la constitutionnalité d'une loi, que de façon abstraite et *a priori*. Malgré ces différences essentielles, la démarche consiste à comparer des décisions de ces trois institutions, afin de déterminer dans l'activité contentieuse quelles sont les raisons du degré de motivation de décisions chargées de vérifier la constitutionnalité d'un acte.

Dès lors, de la place et de la légitimité du juge au sein de l'ordre constitutionnel dépend une marge de manœuvre plus ou moins importante pour interpréter de façon constructive, la Constitution (Section 1). Par ailleurs, les règles de procédure et l'ampleur de l'office du juge déterminent une analyse plus ou moins poussée des normes juridiques soumises à son contrôle (Section 2).

Section 1/ Le juge constitutionnel et le rapport à la Constitution

Crée par la Constitution, le juge constitutionnel - organe constitué - naît de la volonté du pouvoir constituant. Si l'ensemble des dispositions relatives à la justice constitutionnelle renseigne sur la place et l'étendue de ses compétences au sein de l'ordre juridique en vigueur, la Constitution permet également de prendre la mesure des facteurs non juridiques qui ont favorisé l'institution de la justice constitutionnelle. La règle de droit incarne en effet le plus souvent, la consécration juridique des expériences sociales, politiques ou intellectuelles d'un Etat. S'agissant plus particulièrement de la règle de droit constitutionnel, elle constitue de surcroît, une réaction aux imperfections du régime constitutionnel qui le précède[1692] .

Ainsi, les institutions créées par la Constitution portent en elles le poids de la tradition nationale. Comprendre dès lors, le fonctionnement de la justice constitutionnelle, suppose d'intégrer à côté du droit positif, les facteurs théoriques et historiques qui ont pu avoir une influence sur la façon d'imaginer dans le droit, une telle institution (§1).

Dans un second temps, le degré de légitimité et d'autonomie par rapport aux autres pouvoirs dans l'Etat déterminent des conséquences importantes sur l'activité réelle du juge. Concrètement, véritable contre-pouvoir et gardien des principes inconditionnels contenus dans la Constitution, le juge constitutionnel a toute liberté pour interpréter largement la règle de droit et pour imposer avec autorité, son interprétation de la règle aux autres pouvoirs.

[1692] Sur ce point, les missions constitutionnelles assignées au juge constitutionnel correspondent véritablement à la volonté de combler certaines imperfections au régime précédent, même si pour ce qui est des Etats-Unis, la Constitution de 1787 constitue le premier régime constitutionnel. Pour autant, la Cour suprême pour se reconnaître compétente pour contrôler la constitutionnalité des actes du Congrès, insiste essentiellement sur sa volonté de protéger la Constitution, acte du pouvoir constituant originaire. En d'autres termes, cela revient à défendre l'Etat fédéral crée par une Constitution et plus des relations entre Etats indépendants, liés entre eux par la voie du Traité.

En Allemagne, il s'agit d'instaurer un véritable gardien des droits fondamentaux et de créer un pouvoir judiciaire jouant le rôle d'un véritable contre-pouvoir, afin d'éviter que ne se reproduisent les dérives d'un régime qui bafouent les libertés.

En France enfin, dans le but de lutter contre l'instabilité chronique des institutions et notamment les empiètements d'un pouvoir sur l'autre, un Conseil constitutionnel est institué pour s'assurer du respect des domaines respectifs du pouvoir exécutif et législatif.

Simple autorité de régulation des compétences, le juge constitutionnel se contente d'un strict contrôle de conformité entre deux normes, sans imposer une interprétation trop audacieuse de la Constitution. Si l'évolution des institutions est à prendre en compte, notamment un certain nombre de réformes modifiant le fonctionnement de la justice constitutionnelle, il n'en demeure pas moins que la pratique jurisprudentielle porte toujours en elle, le poids du cadre constitutionnel formel initial (§2).

§1/ La justice constitutionnelle, produit de la volonté du pouvoir constituant

Les mots consacrés par les dispositions constitutionnelles relatives à l'organe chargé de vérifier la constitutionnalité des actes juridiques, reflètent fidèlement l'esprit du pouvoir constituant et les valeurs qui sous-tendent l'ordre constitutionnel dans son ensemble[1693]. Plus précisément, l'étendue du rôle et l'autorité du juge telles qu'elles apparaissent dans le droit,

[1693] A l'article III de la Constitution des Etats-Unis est prévue une section première aux termes de laquelle : « *Le pouvoir judiciaire des Etats-Unis sera confié à une Cour Suprême et à telles cours inférieures dont le Congrès pourra périodiquement ordonner l'institution*. (…) ». Une deuxième section prévoit que « *Le pouvoir judiciaire s'étendra à tous les cas de droit et d'équité ressortissant de la présente Constitution, aux lois des Etats-Unis, aux traités déjà conclus, ou qui viendrait à l'être sous leur autorité ; à tous les cas concernant les ambassadeurs, les autres ministres publics et les consuls ; à tous les cas relevant de l'Amirauté et de la juridiction maritime ; aux différends auxquels les États-Unis seront partie ; aux différends entre deux ou plusieurs États, entre citoyens de différents États, entre citoyens d'un même État revendiquant des terres en vertu de concessions d'autres États, entre un État ou ses citoyens et des États, citoyens ou sujets étrangers* ».
C'est le titre IX de la Loi fondamentale de Bonn qui organise le pouvoir judiciaire. L'article 92 précise que « *Le pouvoir de rendre la justice est confié aux juges; il est exercé par la Cour constitutionnelle fédérale, par les cours fédérales prévues par la présente Loi fondamentale et par les tribunaux des Länder* ». S'agissant des compétences de la Cour fédérale, l'article 93 énumère un certain nombre de cas. Par exemple, elle statue « *sur l'interprétation de la présente Loi fondamentale, à l'occasion de litiges sur l'étendue des droits et obligations d'un organe fédéral suprême ou d'autres parties investies de droits propres, soit par la présente Loi fondamentale, soit par le règlement intérieur d'un organe fédéral suprême; en cas de divergence d'opinion ou de doute sur la compatibilité formelle et matérielle, soit du droit fédéral ou du droit d'un Land avec la présente Loi fondamentale, soit du droit d'un Land avec toute autre règle du droit fédéral* (…) ».
Enfin, le Titre VIII de la Constitution française de 1958 prévoit la création d'un Conseil constitutionnel. L'alinéa premier de l'article 56 est ainsi rédigé : « *Le Conseil constitutionnel comprend neuf membres, dont le mandat dure neuf ans et n'est pas renouvelable. Le Conseil constitutionnel se renouvelle par tiers tous les trois ans. Trois des membres sont nommés par le Président de la République, trois par le Président de l'Assemblée nationale, trois par le Président du Sénat. La procédure prévue au dernier alinéa de l'article 13 est applicable à ces nominations. Les nominations effectuées par le président de chaque assemblée sont soumises au seul avis de la commission permanente compétente de l'assemblée concernée* ». Les autres articles sont consacrés pour l'essentiel, aux compétences du Conseil constitutionnel. Entre autres, on trouve « *Le Conseil constitutionnel veille à la régularité de l'élection du président de la République* » ; « *Le Conseil constitutionnel statue, en cas de contestation, sur la régularité de l'élection des députés et des sénateurs* » ; « *Le Conseil constitutionnel veille à la régularité des opérations de référendum prévues aux articles 11 et 89 et au titre XV. Il en proclame les résultats* » ; « *les lois peuvent être déférées au Conseil constitutionnel, avant leur promulgation, par le président de la République, le premier ministre, le président de l'Assemblée Nationale, le président du Sénat ou soixante députés ou soixante sénateurs* ».

correspondent le plus souvent, à la philosophie globale de l'organisation et du fonctionnement constitutionnel des pouvoirs publics[1694].

Ainsi, quand la Constitution américaine (B) prévoit que le pouvoir judiciaire couvre « *tous les cas de droit et d'équité ressortissant de la présente Constitution*[1695] » et la Constitution allemande (A), que la Cour fédérale statue sur « *l'interprétation de la présente Loi fondamentale* » ou en « *cas de divergence d'opinion ou de doute*[1696] » sur l'application du droit[1697], le pouvoir constituant dans ces deux Etats, entend donner un large pouvoir d'interprétation de la Constitution au juge et faire de lui, le gardien essentiel des principes qu'elle contient.

A contrario, les dispositions relatives au Conseil constitutionnel l'enferment dans une compétence d'attribution et s'efforcent de prévoir strictement son champ d'attribution (C). Il ne s'agit pas de lui conférer un pouvoir d'interprétation de la Constitution, de lui permettre de trancher des divergences d'opinion ou de lui permettre de statuer en équité. Notamment, aux termes de l'article 61 alinéa 1, il est seulement prévu que, dans les conditions prévues par la

---

[1694] En interrogeant la façon de juger en France et aux Etats-Unis sous le prisme de leur culture juridique propre, MM. Garapon et Papadopoulos se demandent plus particulièrement s'agissant de la décision juridictionnelle, « *quelles sont donc les raisons culturelles qui pèsent en faveur d'une motivation longue et argumentée dans les pays anglo-saxons et d'une rédaction lapidaire et assertorique en France ?* ».
Pour ces auteurs, les doctrines qui y sont éventuellement développées peuvent s'expliquer eu égard à la place du juge au sein du système institutionnel et plus généralement au sein de la société. C'est donc d'abord parce que le juge aux Etats- Unis, est un relais entre le pouvoir et le citoyen et parce qu'il bénéficie d'une légitimité forte, que la Cour Suprême par exemple, rend des décisions d'opinions et développent de véritables doctrines juridiques à l'occasion d'un cas d'espèce qui lui est soumis. Si le juge en France, quel que soit sa place sur l'échiquier juridictionnel, « *ne parle pas* », c'est-à-dire que la décision est rendue dans un style impersonnel et qui procède le plus souvent du syllogisme, le juge américain et la Cour suprême en particulier, dit le droit dans une forme qui place le magistrat, personne physique, au cœur de sa décision. Voir A. Garapon, I. Papadopoulos, *Juger en Amérique et en France*, Paris, Odile Jacob, 2003, p. 199.
Le premier arrêt présenté par le Professeur Elisabeth Zoller au sein des *Grands arrêts de la Cous suprême des Etats-Unis*, est un arrêt de 1793 *Chisholm v. Georgia*. Il concerne la question de l'immunité des juridictions. Par delà le fond de cette affaire et les conséquences de la position retenue par la Cour suprême, tout l'intérêt est dans la forme. En effet, conformément à un usage, cet arrêt et tous ceux qui suivront jusqu'à la présidence Marshall, est rendu dans une forme très particulière : il s'agit de l'ensemble des opinions défendues par chaque juge à la Cour. C'est donc sur la base d'opinions successives et présentées comme telles, que les arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis sont d'abord rendus. On trouve d'ailleurs des stigmates de cet usage par la suite, dans la mesure où dans le corps même des décisions contemporaines, « *l'opinion de la Cour* » continue d'être présentée. Ces opinions présentent les questions de droit impliquées par l'affaire et s'efforcent de les résoudre à travers des arguments tant théoriques que pratiques. Voir E. Zoller (Dir.), *Grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis, op. cit.*, p. 55.

[1695] Voir le texte de la Constitution américaine, disponible sur le site du l'université de Perpignan, à l'adresse suivante : http://mjp.univ-perp.fr/constit/us1787.htm.

[1696] Voir le texte de la Constitution allemande, disponible sur le site du l'université de Perpignan, à l'adresse suivante : http://www.bundesregierung.de/Content/FR/__Anlagen/loi-fondamentale,property=publicationFile.pdf

[1697] C'est-à-dire en cas de doute sur l'application du droit fédéral ou celui d'un *Land*.

Constitution, un certain nombre d'actes « *doivent être soumis au Conseil constitutionnel qui se prononce sur leur conformité à la Constitution*[1698] ».

A/ L'esprit de la Loi fondamentale de Bonn : la Cour fédérale au service de la garantie effective des droits fondamentaux

Le statut constitutionnel accordé à la Cour fédérale allemande est intimement lié à la place et au rôle des droits fondamentaux sous l'empire de la Constitution de 1949. Enoncés en tête de la Loi Fondamentale, les droits bénéficient d'une protection particulière puisqu'ils sont dotés d'une valeur impérative[1699]. A titre d'illustration, l'article 1er de la Constitution est ainsi rédigé : « *La dignité de l'être humain est intangible. Tous les pouvoirs publics ont l'obligation de la respecter et de la protéger. En conséquence, le peuple allemand reconnaît à l'être humain des droits inviolables et inaliénables comme fondement de toute communauté humaine, de la paix et de la justice dans le monde. Les droits fondamentaux énoncés ci-après lient les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire à titre de droit directement applicable*[1700] ».

Reflet d'une valeur symbolique forte, cet article imprime la philosophie globale de l'organisation constitutionnelle allemande élaborée en 1949. En réaction au passé récent et aux dérives du national-socialisme, la Loi fondamentale vise en effet à garantir que l'activité des pouvoirs publics s'inscrit toujours dans l'intérêt des droits des individus. Il s'agit de proclamer avec vigueur un contrat politique qui consacre l'Etat de droit [1701] ou en d'autres termes, de garantir de façon absolue les droits fondamentaux et de lier les autorités publiques quant à leur respect.

Ainsi, les droits fondamentaux impriment les limites indépassables autour desquelles doit s'exercer le pouvoir étatique. Pour cette raison, l'article 19 de la Constitution prévoit expressément qu'il « *ne doit en aucun cas être porté atteinte à la substance d'un droit*

[1698] Voir l'article 61 alinéa 1 de la Constitution, disponible sur le site du Conseil constitutionnel : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-du-4-octobre-1958/acces-par-titres.5110.html#titre7.

[1699] La partie relative aux droits fondamentaux ne peut être révisée et l'article 19 alinéa 2 de la Loi Fondamentale prévoit qu'il « *ne doit en aucun cas être porté atteinte à la substance d'un droit fondamental* ». Voir le texte de la Constitution allemande, disponible sur le site du l'université de Perpignan, à l'adresse suivante : http://www.bundesregierung.de/Content/FR/__Anlagen/loi-fondamentale,property=publicationFile.pdf

[1700] *Ibid*.

[1701] Il s'agit de créer, en d'autres termes, « *l'antithèse absolue de l'Etat national-socialiste* ». Voir, sur ce point, Ch. Eisenmann, « La justice constitutionnelle dans la République fédérale d'Allemagne », *Mélanges Léo Hamon*, Paris, Economica, 1982, p. 195.

fondamental [1702] ». Sur ce point d'ailleurs, la Cour fédérale rappelle régulièrement, le caractère intangible des droits fondamentaux. Saisie par exemple, d'une disposition législative particulière prévoyant la peine de prison à perpétuité, le juge prend soin de préciser que d'une façon générale, on « *ne doit pas perdre de vue ceci : la dignité humaine est quelque chose d'inaliénable*[1703] ». C'est pour cette raison notamment, que la plupart des droits consacrés par la Constitution allemande, est qualifié par la doctrine, de « *droits défensifs*[1704] », c'est-à-dire que ces droits défendent aux autorités publiques, de s'immiscer dans la sphère de liberté consacrée[1705].

Par conséquent, l'ordre constitutionnel et la légitimité de l'Etat trouvent leur fondement dans la protection des droits[1706], à travers la reconnaissance des droits naturels et inviolables de l'homme[1707].

Néanmoins, s'ils s'imposent, par leur nature, à l'activité des pouvoirs publics, il s'agit par ailleurs de prévoir un certain nombre de mécanismes juridiques à même de garantir leur protection effective. En ce sens, précise l'article 1er de la Constitution, « *Les droits fondamentaux lient les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire à titre de droits directement applicables*[1708] ». Plus précisément, si les pouvoirs exécutif et législatif ne doivent pas porter atteinte à ces droits, le pouvoir judiciaire doit, quant à lui, faire respecter ces droits[1709]. Convaincu des limites de l'Etat de droit au sens formel, le pouvoir constituant souhaite la

---

[1702] http://www.bundesregierung.de/Webs/Breg/FR/Loifondamentale/01__LesDroitsFondamentaux/lesdroitsfondamentaux.html__nnn=true#doc194808bodyText1

[1703] Décision du 21 juin 1977, cité *in* L. Favoreu (Dir.), *La justice constitutionnelle, Belgique – Espagne - Italie – Allemagne*, La documentation Française, documents d'études, n° 1.16, 1998, p. 55.

[1704] Voir par exemple, D. Capitant, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, th., Paris, LGDJ, 2001, p. 25 et p. 105 et suiv.

[1705] La Cour fédérale a elle-même confirmé ce caractère. Sur ce point, voir O. Jouanjan, « La théorie allemande des droits fondamentaux », *AJDA*, 1998, p. 44. Voir spéc., p. 44 : aux termes d'un arrêt du 17 janvier 1957, *Imposition des couples mariés*, la Cour précise : « *Il s'agit là d'une disposition* (l'article 6 alinéa 1 de la Loi fondamentale relatif au mariage et à la famille) *qui, eu égard aux expériences faites à l'époque du pouvoir national- socialiste, doit servir à la protection de la sphère spécifique que constituent le mariage et la famille. En réaction au « tout Etat » prôné par le national- socialisme, la Loi fondamentale consacre, dans ces domaines de la vie, l'autonomie et la responsabilité de l'être humain* ».

[1706] Sur ce point, voir R. Arnold, « Les développements des principes de base des droits fondamentaux par la Cour constitutionnelle allemande », *Mélanges Jacques Robert*, Paris, Montchrestien, 1998, p. 463 : « *L'Etat institué par la Loi fondamentale de Bonn est un Etat basé sur l'idée de l'anthropocentrisme. Toutes les activités de l'Etat doivent avoir lieu dans l'intérêt de l'homme, préserver et protéger sa dignité et sa liberté, assurer son existence et promouvoir son bien- être. Les intérêts publics ne sont légitimes que s'ils procurent ces buts directement ou indirectement. L'Etat doit maintenir l'équilibre entre les sphères de liberté des différents individus, principalement sous la forme de lois et en tenant compte de ces principes* ». Pour une présentation générale, voir également Ch. Autexier, *Introduction au droit public allemand*, Paris, PUF, 1997, 379 p.

[1707] « *Le peuple allemand reconnaît à l'être humain des droits inviolables et inaliénables comme fondement de toute communauté humaine* ».

[1708] L'article 20 alinéa 3 de la Loi fondamentale prévoit également que « *Le pouvoir législatif est lié par l'ordre constitutionnel, les pouvoirs exécutif et judiciaire sont liés par la loi et le droit* ».

[1709] Voir sur ces questions, Ch. Starck, *La Constitution, cadre et mesure du droit*, Paris, Economica, 1994, p. 66 et suiv.

consécration d'un Etat de droit au sens matériel[1710], c'est-à-dire un « *Etat des juges*[1711] » où les droits fondamentaux, droits subjectifs, sont opposables aux pouvoirs publics dans le cadre d'un recours juridictionnel[1712]. A cette fin, une Cour constitutionnelle est crée avec des prérogatives importantes[1713] et surtout, elle bénéficie d'une totale indépendance vis-à-vis des autres pouvoirs dans l'Etat[1714].

A titre principal, c'est au travers de l'organisation constitutionnelle d'un recours individuel en violation des droits[1715] que la Cour est considérée comme garante de la protection effective des droits en Allemagne. Techniquement, les individus disposent d'un droit de recours devant les tribunaux afin de faire valoir directement leurs droits subjectifs à l'encontre du pouvoir exécutif ou législatif. Une fois les voies de recours devant les juges de droit commun épuisées, un requérant peut former un recours constitutionnel devant la Cour ayant pour objet la violation de l'un de ses droits[1716]. L'efficacité de ces recours est d'autant plus facilitée que les droits concernés sont prévus par la Constitution, sous forme de catalogue et peuvent être invoqués directement devant le juge. Par exemple[1717], l'article 5 de la Loi Fondamentale qui garantit la liberté d'opinion, est ainsi rédigé : « « *Chacun a le droit d'exprimer et de diffuser*

[1710] Voir sur ce point, M. Fromont, « Le juge constitutionnel », *Pouvoirs*, 1982, n° 22, p. 42 : « *avant d'être une démocratie et un Etat fédéral, la RFA est d'abord et avant tout un Etat de droit* ».

[1711] J-C. Béguin, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en République fédérale d'Allemagne*, th., Paris, Economica, 1982, p. 23.

[1712] Voir sur ce point, O. Jouanjan, *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, th., Paris, Economica, 1992, p. 164 et suiv.

[1713] D'une façon générale, ses attributions sont expressément prévues par la Constitution. Cela concerne tant les actes qu'elle peut juger, que les personnes compétentes pour la saisir. Sur l'ensemble des compétences de la Cour, voir l'article 93 de la Loi Fondamentale. Au-delà de sa compétence sur la résolution des conflits entre le niveau fédéral et le niveau fédéré, la Cour peut connaître des actes du législateur, du pouvoir exécutif ou judiciaire, c'est-à-dire la loi, mais aussi les actes administratifs individuels, ou les jugements des différentes juridictions ordinaires. Sur les règles de compétence, voir L. Favoreu (Dir.), *La justice constitutionnelle, Belgique –Espagne - Italie –Allemagne*, La documentation Française, documents d'études, n° 1.16, 1998, p. 46 et suiv.

[1714] Voir l'article 97 alinéa 1 de la Loi fondamentale : « *Les juges sont indépendants et ne sont soumis qu'à la loi* ».

[1715] Voir l'article 19 alinéa 4 de la Constitution : « *Quiconque est lésé dans ses droits par la puissance publique dispose d'un recours juridictionnel* ».

[1716] Voir l'article 93 alinéa 4a : « *la Cour fédérale statue (…)sur les recours constitutionnels qui peuvent être formés par quiconque estime avoir été lésé par la puissance publique dans l'un de ses droits fondamentaux ou dans l'un de ses droits garantis par les articles 20, al. 4, 33, 38, 101, 103 et 104* ».

[1717] Dans le même sens, voir par exemple l'article 8 : « *Tous les Allemands ont le droit de se réunir paisiblement et sans arme, sans déclaration ni autorisation préalables* », ainsi que l'article 9 : « *Tous les Allemands ont le droit de fonder des associations ou des sociétés* ». Souvent soulevée par la doctrine, l'absence de droits sociaux ou culturels au sein du catalogue des droits, s'explique par le fait que le pouvoir constituant a souhaité consacrer des droits directement applicables devant le juge. Sur ce point, voir Ch. Stark, *La Constitution, cadre et mesure du droit, op. cit.*, p. 89 ; voir également V. Barbé, *Le rôle du Parlement dans la protection des droits fondamentaux. Etude comparative : Allemagne, France, Royaume-Uni*, th., Paris, LGDJ, 2009, p. 64 et suiv. : « *Les constituants se concentrent sur les libertés-autonomie, au détriment des droits à dominante sociale, plus difficiles à garantir juridiquement* ».

librement son opinion par la parole, par l'écrit et par l'image, et de s'informer sans entraves aux sources qui sont accessibles à tous. La liberté de la presse et la liberté d'informer par la radio, la télévision et le cinéma sont garanties. Il n'y a pas de censure[1718] ».

Il reste que la précision des dispositions constitutionnelles ne permet pas de déduire l'ensemble des cas particuliers dans lesquels les droits fondamentaux trouvent légitimement à s'appliquer. La généralité reste une caractéristique valable pour toute norme de nature constitutionnelle et les contours pratiques d'une norme se déterminent le plus souvent, à l'occasion du fonctionnement réel des pouvoirs dans l'Etat. Pour cette raison, le juge bénéficie d'un large pouvoir d'interprétation de la Constitution afin de toujours s'assurer que telle règle particulière est bien conforme aux droits constitutionnels énoncés d'une façon générale[1719]. En d'autres termes, dans la défense des droits fondamentaux, la Cour constitutionnelle fédérale est investie d'un « *droit du dernier mot en matière constitutionnelle* ».

B/ L'esprit de la Constitution fédérale américaine : permettre implicitement à la Cour suprême d'exercer un contrôle de constitutionnalité des normes

Interrogeant en 1835 les raisons du poids du pouvoir judiciaire au sein de la société américaine[1720], Alexis de Tocqueville montre que les juges disposent de compétences et d'attributions qui de prime abord, sont sensiblement identiques à tous les organes judiciaires des autres Etats. Il relève en ce sens : « *Les Américains ont conservé au pouvoir judiciaire ces trois caractères distinctifs. Le juge américain ne peut se prononcer que lorsqu'il y a litige. Il ne s'occupe jamais que d'un cas particulier; et, pour agir, il doit toujours attendre qu'on l'ait*

[1718] Article 5 de la Loi fondamentale, *Liberté d'opinion*.

[1719] M. Jouanjan à cet égard, en reprenant le propos de M. Böckenförd, a montré que s'agissant en particulier des droits fondamentaux, le juge constitutionnel dispose d'un pouvoir important dans l'interprétation de dispositions, le plus souvent peu explicites. Voir O. Jouanjan, « La théorie allemande des droits fondamentaux », *op. cit.*

[1720] Voir l'introduction du Chapitre VI : « *« J'ai cru devoir consacrer un chapitre à part au pouvoir judiciaire. Son importance politique est si grande qu'il m'a paru que ce serait la diminuer aux yeux des lecteurs que d'en parler en passant (...) Ce qu'un étranger comprend avec le plus de peine, aux États-Unis, c'est l'organisation judiciaire. Il n'y a pour ainsi dire pas d'événement politique dans lequel il n'entende invoquer l'autorité du juge; et il en conclut naturellement qu'aux États-Unis le juge est une des premières puissances politiques. Lorsqu'il vient ensuite à examiner la Constitution des tribunaux, il ne leur découvre, au premier abord, que des attributions et des habitudes judiciaires. À ses yeux, le magistrat ne semble jamais s'introduire dans les affaires publiques que par hasard; mais ce même hasard revient tous les jours* ». A. de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, 1re Partie, Chapitre VI/ *Du pouvoir judiciaire aux Etats-Unis et de son action sur la société politique*. Voir l'ouvrage disponible sur le site de l'Université du Québec, à l'adresse suivante : http://classiques.uqac.ca/classiques/

saisi. Le juge américain ressemble donc parfaitement aux magistrats des autres nations[1721] ». Néanmoins, ce qui fait la singularité du pouvoir judiciaire, relève Tocqueville, c'est qu'il est doté d'un « *immense pouvoir politique*[1722] », impliqué par une compétence singulière et qui n'a pour l'heure, pas convaincu les démocraties occidentales : la possibilité de se prononcer sur la compatibilité d'une loi à la Constitution.

Non prévue dans le texte de la Constitution de 1787, la possibilité pour le juge de connaître de la conformité d'une loi à la Constitution a été défendue avec vigueur, par Hamilton au sein du fameux recueil d'articles *Le Fédéraliste,* visant à promouvoir le nouvel ordre constitutionnel américain. Précisément, dans la lettre n° LXXVIII du Fédéraliste relative au département judiciaire, il relève qu'« *Il s'est élevé des doutes sur les droits des tribunaux de déclarer nuls les actes législatifs comme contraires à la Constitution, sous prétexte que ce système impliquerait une supériorité du Judiciaire sur le pouvoir législatif*[1723] ». Tour à tour, afin de montrer qu'une telle compétence est en cohérence avec la Constitution fédérale, sont développés les arguments de la supériorité hiérarchique de la Constitution sur les autres normes[1724], de la supériorité du pouvoir constituant sur les pouvoirs constitués[1725], de

---

[1721] *Ibid* : « *Le premier caractère de la puissance judiciaire, chez tous les peuples, est de servir d'arbitre. Pour qu'il y ait lieu à action de la part des tribunaux, il faut qu'il y ait contestation. Pour qu'il y ait juge, il faut qu'il y ait procès. Tant qu'une loi ne donne pas lieu à une contestation, le pouvoir judiciaire n'a donc point occasion de s'en occuper. Elle existe, mais il ne la voit pas. Lorsqu'un juge, à propos d'un procès, attaque une loi relative à ce procès, il étend le cercle de ses attributions, mais il n'en sort pas, puisqu'il lui a fallu, en quelque sorte, juger la loi pour arriver à juger le procès. Lorsqu'il prononce sur une loi, sans partir d'un procès, il sort complètement de sa sphère, et il pénètre dans celle du pouvoir législatif.*
Le deuxième caractère de la puissance judiciaire est de prononcer sur des cas particuliers et non sur des principes généraux. Qu'un juge, en tranchant une question particulière, détruise un principe général, par la certitude où l'on est que, chacune des conséquences de ce même principe étant frappée de la même manière, le principe devient stérile, il reste dans le cercle naturel de son action ; mais que le juge attaque directement le principe général, et le détruise sans avoir en vue un cas particulier, il sort du cercle où tous les peuples se sont accordés à l'enfermer : il devient quelque chose de plus important, de plus utile peut-être qu'un magistrat, mais il cesse de représenter le pouvoir judiciaire.
Le troisième caractère de la puissance judiciaire est de ne pouvoir agir que quand on l'appelle, ou, suivant l'expression légale, quand elle est saisie. Ce caractère ne se rencontre point aussi généralement que les deux autres. je crois cependant que, malgré les exceptions, on peut le considérer comme essentiel. De sa nature, le pouvoir judiciaire est sans action ; il faut le mettre en mouvement pour qu'il se remue. On lui dénonce un crime, et il punit le coupable ; on l'appelle à redresser une injustice, et il la redresse ; on lui soumet un acte, et il l'interprète ; mais il ne va pas de lui-même poursuivre les criminels, rechercher l'injustice et examiner les faits. Le pouvoir judiciaire ferait en quelque sorte violence à cette nature passive, s'il prenait de lui-même l'initiative et s'établissait en censeur des lois ».

[1722] *Ibid*.

[1723] A. Hamilton, J. Jay, J. Madison, *Le Fédéraliste* (1787-1788), Paris, Economica, 1988, p.647.

[1724] *Ibid*., p. 647 : « *Il n'est pas de proposition plus évidemment vraie que tout acte d'une autorité déléguée, contraire aux termes de la commission en vertu de laquelle elle est exercée est nul. Donc, nul acte législatif, contraire à la Constitution, ne peut être valable. Nier cela, ce serait affirmer que le délégué est supérieur à son commettant, que le serviteur est au- dessus de son maître ; que les représentants du peuple sont supérieurs au peuple lui-même (…)* ».

[1725] *Ibid*. : « *On ne peut guère supposer que la Constitution entende donner aux représentants du peuple le droit de substituer leur volonté à celle de leurs commettants. Il est bien plus rationnel de supposer que les tribunaux*

l'obligation pour les juges de faire respecter la constitution[1726], de leur rôle dans l'interprétation des normes et enfin, de la possibilité d'interpréter la constitution écrite[1727].
Le rappel exhaustif de ces arguments permet en fait, de rendre compte de la similitude du raisonnement développé par Hamilton avec celui défendu, quelques années plus tard, par la Cour suprême à l'occasion du célèbre arrêt *Marbury vs Madison*[1728]et qui permet à la Cour de s'arroger une compétence dans l'appréciation de la conformité des lois à la Constitution.

En l'espèce, William Marbury, juge de Paix, revendique la validation formelle de sa nouvelle nomination mais James Madison, Secrétaire d'Etat représentant du Congrès fédéral, refuse de lui délivrer un acte d'affectation en qualité de juge. Pour se prononcer, et notamment pour décider si elle a la possibilité d'enjoindre au Congrès de délivrer l'acte, la Cour suprême est confrontée à deux dispositions légales contradictoires : d'un côté, une loi fédérale prévoyant un tel pouvoir et de l'autre, la Constitution fédérale qui exclut cette faculté dans les conditions de l'espèce[1729]. Ainsi, pour décider si elle peut enjoindre au secrétariat d'Etat de délivrer l'acte d'affectation réclamé par William Marbury, la Cour, par l'intermédiaire du Président Marshall, s'est efforcée de démontrer que c'est la Constitution qui permet de trancher la conflit entre les deux normes et les arguments développés sont tous tirés de la tradition constitutionnelle américaine et des principes qui se trouvent au fondement de l'ordre constitutionnel en vigueur[1730].

---

ont été désignés pour être un corps intermédiaire entre le peuple et la législature, à l'effet, entre autres choses, de maintenir la dernière dans des bornes assignées à son autorité ».

[1726] *Ibid.* : « *Une Constitution est, en fait, et doit être regardée par les juges comme une loi fondamentale. Dès lors, c'est à eux qu'il appartient d'en déterminer le sens, aussi bien que le sens de toute loi particulière émanant du Corps législatif* ».

[1727] *Ibid.* : « *S'il se trouve entre les deux une contradiction absolue, celle qui a un caractère obligatoire et une valeur supérieure doit naturellement être préférée ; ou, en d'autres termes, la Constitution doit être préférée à la loi, l'intention du peuple à celle des agents*. *Cette conclusion suppose seulement que le pouvoir du peuple est supérieur à tous deux* (pouvoir exécutif et législatif) *et que, lorsque la volonté de la législature, exprimée dans ses lois est en opposition avec celle du peuple, déclarée dans la Constitution, c'est la dernière plutôt qu'aux premières que les juges doivent obéir* ».
« *Il y a de fréquents exemples de cet exercice du pouvoir judiciaire qui consiste à décider entre deux lois contradictoires.* (…) *dans ce cas, c'est la mission des juges d'en déterminer et d'en fixer le sens et l'effet*» (…).
« *Toutes les fois qu'une loi particulière contredit la Constitution, c'est le devoir des tribunaux judiciaires d'obéir à la Constitution et de laisser de côté la loi* ».

[1728] Voir E. Zoller, *Grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, Paris, PUF, 2000, p. 101.

[1729] Pour une vue d'ensemble sur cet arrêt, voir E. Zoller, *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 1998, p. 101 et suiv.

[1730] Voir sur ce point, l'arrêt Marbury *vs* Madison reproduit *in* E. Zoller (Dir.), *Grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, *op.cit.*, p. 101 : « *La question de savoir si un acte contraire à la Constitution peut devenir la loi du pays est une question d'intérêt essentiel pour les Etats-Unis (...) Pour la résoudre, il n'est besoin que de rappeler certains principes depuis longtemps fermement établis* ».

Précisément, la Cour a utilisé respectivement le principe de souveraineté populaire[1731], la théorie du pacte social et du constitutionnalisme écrit[1732] et la suprématie de la Constitution - acte émanant de la volonté du pouvoir constituant originaire[1733]-, sur les normes qui lui sont subordonnées[1734], afin de démontrer que la Constitution doit être considérée comme la norme suprême. Surtout, la Cour considère que permettre au pouvoir judiciaire de garantir cette supériorité est implicitement la conséquence nécessaire des mécanismes constitutionnels prévus en 1787 et explicitement conforme à la volonté du pouvoir constituant.

[1731] *Ibid.*, p. 101 : « *Que le peuple ait le droit originaire d'établir son futur gouvernement sur les principes qui, d'après lui, permettront d'atteindre son bonheur, est le fondement sur lequel repose toute la société américaine. La mise en œuvre de ce droit originaire exige une grande énergie et, de ce chef, ne peut, ni ne doit être répétée fréquemment. Aussi bien les principes qui sont ainsi établis sont-ils considérés comme fondamentaux. Et comme l'autorité dont ils émanent est suprême, et ne peut agir qu'exceptionnellement, les principes en question sont conçus pour être permanents* ».

D'ailleurs, très tôt, le pouvoir du législateur est limité par le peuple, véritable détenteur du pouvoir souverain. Dès 1787, la Constitution consacre le principe de souveraineté populaire, impliquant par là même une distinction entre la souveraineté de la loi et celle du peuple qui lui est supérieur. Voir sur ce point, E. Zoller, « La justice contre-pouvoir : regards croisés sur les pratiques américaine et française », *RIDC*, 2001, n° 3, p. 563 : « *Dans la théorie constitutionnelle classique, gouvernants et gouvernés étaient unis comme les deux côtés d'un miroir à deux faces où se laissait voir le gouvernement « représentatif ». Le principe de souveraineté populaire (We The People) qui ouvre la Constitution fédérale de 1787 a brisé ce miroir ; il a fait sortir la souveraineté de l'organe législatif où la tradition l'y tenait et il l'a placée au-dessus des gouvernants ; il a mis le peuple « en dehors et « au-dessus » du gouvernement en complète opposition avec la théorie du gouvernement représentatif qui le tenait « à l'intérieur » de celui-ci* ».

Dans le même sens, comme le relève Tocqueville, « *lorsqu'on veut étudier les lois politiques aux Etats-Unis, c'est toujours par le dogme de la souveraineté du peuple qu'il faut commencer* ». Voir A. Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, 1re Partie, Chapitre IV/ *Du principe de la souveraineté du peuple en Amérique* : http://classiques.uqac.ca/classiques/De_tocqueville_alexis/democratie_1/democratie_t1_1.doc#livre_1_p1_ch_4

Il ajoute : « *En Amérique, le principe de la souveraineté du peuple n'est point caché ou stérile comme chez certaines nations ; il est reconnu par les mœurs, proclamé par les lois ; il s'étend avec liberté et atteint sans obstacles ses dernières conséquences. S'il est un seul pays au monde où l'on puisse espérer apprécier à sa juste valeur le dogme de la souveraineté du peuple, l'étudier dans son application aux affaires de la société et juger ses avantages et ses dangers, ce pays-là est assurément l'Amérique* ».

Procédant d'une vision particulière de la représentation, le peuple est envisagé dans son existence réelle et non comme un corps unique et abstrait. De fait, la loi n'est pas le reflet de l'intérêt général mais celui des intérêts catégoriels. Elle ne bénéficie pas d'un rayonnement semblable à la loi française et peut donc être remise en cause par celui qui en est le destinataire particulier. Une telle méfiance pour les corps constitués commande l'organisation d'un pouvoir judiciaire chargé de faire respecter les droits des citoyens et l'exercice de la justice en toute indépendance. La nomination des juges de la Cour suprême à vie en est un exemple ; « *Nous, le peuple des Etats-Unis (...) ordonnons et établissons la présente Constitution pour les Etats-Unis d'Amérique* » énonce encore le Préambule de la Constitution fédérale. Le peuple crée des règles constitutionnelles afin d'organiser et limiter les pouvoirs des pouvoirs publics. Voir sur ce point, E. Zoller, *Introduction au droit public*, Paris, Dalloz, 2006, p. 123 et suiv.

[1732] C'est-à-dire de la Constitution, « *acte législatif du peuple* ». Sur ce point, voir E. Zoller, « Contribution à la théorie de la fédération d'Etats », *RCADI*, 2003, p. 41.

[1733] Voir E. Zoller (Dir.), *Grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, *op.cit.*, p. 101 : « *La volonté originaire et suprême organise le gouvernement, et assigne aux différents pouvoirs leurs compétences respectives. Elle peut soit s'arrêter là, soit établir des limites que ces pouvoirs ne devront pas dépasser.*

Le gouvernement des Etats- Unis ressort du deuxième modèle. Les compétences du pouvoir législatif sont définies et limitées ; et c'est pour que ces limites ne soient pas ignorées ou oubliées que la Constitution est écrite (...) ».

[1734] Comme Hamilton, la Cour mettra en valeur l'idée de « *Constitution/ norme de droit* », permettant au juge de la faire respecter et afin de montrer qu'il est lié par cette dernière.

Au-delà et pour finir sur cet aspect, trois singularités de l'ordre constitutionnel américain impliquent encore, un pouvoir important des juges aux Etats-Unis dont le contrôle de constitutionnalité des actes juridiques.

Tout d'abord, la mise en œuvre effective de la séparation des pouvoirs dans le système américain suppose l'aménagement de contre-pouvoirs afin de permettre un contrôle mutuel de la part des trois puissances dans l'Etat. En ce sens, dès l'adoption de la Constitution fédérale de 1787[1735], on trouve les traces des fameux « *checks and balances* » : un droit de veto en matière législative au profit du Président ou l'initiative des lois en faveur du Congrès. Dès lors, l'admission d'un contrôle de constitutionnalité des actes du pouvoir exécutif ou législatif signifie moins une violation du principe de séparation des pouvoirs, que l'un de ses aménagements nécessaires et conformes aux relations constitutionnelles entre les pouvoirs.

Par ailleurs, sur la base des travaux de Gordon S. Wood[1736] ayant pour objet la recherche du fondement du pouvoir des juges américains, le Professeur Zoller montre que le fédéralisme et le système de *common law* constituent des motifs essentiels de la place du juge aux Etats-Unis. Sur le premier point, elle relève que la superposition de deux ordres juridiques et la supériorité du droit fédéral sur le droit des Etats fédérés, suggère un pouvoir d'harmonisation du droit, notamment de conformité des lois des Etats à celles de l'Union[1737]. La tradition de la *common law* ensuite, fait de la jurisprudence une source essentielle du droit. L'œuvre créatrice du juge est donc largement admise et intégrée.

Pour toutes ces raisons, il est communément admis que si la Constitution fédérale n'a pas expressément consacré le contrôle de constitutionnalité des lois, la volonté profonde des pères fondateurs[1738] comme la tradition constitutionnelle américaine, l'impliquent assez largement.

[1735] Voir E. Zoller, « La justice contre-pouvoir : regards croisés sur les pratiques américaine et française », *op. cit.*, p. 561 : « *James Madison, principal artisan de cette ingénieuse mécanique, la présenta au public américain en ces termes : « quand on dessine le cadre d'action d'un (futur) gouvernement qui va donner à des hommes le pouvoir de gouverner d'autres hommes, la (plus) grande difficulté est la suivante : il faut donner aux gouvernants les moyens de contrôler les gouvernés, mais il faut en retour donner aux gouvernants les moyens de se contrôler eux-mêmes* ».

[1736] Voir G. S. Wood, *La création de la République américaine*, Tous, Belin, 1991, 767 p.

[1737] Un autre argument est avancé et il renvoie au pouvoir du peuple au- dessus de celui du législateur. Ainsi, le Professeur Zoller note que « *le fédéralisme est en second lieu un facteur décisif de la puissance du juge aux Etats- Unis parce que l'essence même de cette théorie est de priver le législateur de la capacité de parler souverainement* ». Voir E. Zoller, « La justice contre-pouvoir : regards croisés sur les pratiques américaine et française », *op.cit.*, p. 563.

[1738] Voir par exemple sur ce point, Ch. Lerat, *La Cour suprême des Etats-Unis : pouvoirs et évolution historique*, 6e éd., Presses Universitaires de Bordeaux, Talence, 1997, 328 p.

C/ L'esprit de la Constitution française : le Conseil constitutionnel, un organe encadré et strictement chargé de réguler l'activité des pouvoirs publics

A l'occasion de la présentation du projet de Constitution pour la Ve République devant le Comité constitutionnel, M. Janot, Commissaire du Gouvernement, entend dissiper les craintes formulées à l'égard de la création du Conseil constitutionnel. Garantissant que « *les pouvoirs qui lui sont donnés sont limités à l'organisation, au fonctionnement des pouvoirs publics*[1739] », il ajoute, « *je ne crois pas que le texte aboutisse à exprimer l'idée d'une sorte de « Cour suprême » et de « Gouvernement des juges*[1740] ». Dans le même sens et pour conforter cet aspect[1741], le Garde des Sceaux considère qu'une « *Cour constitutionnelle serait, je crois,* (…), *insupportable à un Parlement français et quelques fois même insupportable à un certain sentiment populaire qui exige un contrôle de la vie politique, mais qui n'accepterait pas facilement la transformation des juges en élément politique fondamental de la vie française*[1742] ».

Ainsi, les rédacteurs du projet de Constitution ont entendu encadrer très précisément cette nouvelle institution ou en d'autres termes et pour reprendre les termes du Gouvernement, « *se sont attachés à donner des responsabilités très précises au Conseil constitutionnel*[1743] » dans le but de contenir cette institution nouvelle au sein du paysage constitutionnel national.

Plus généralement, la création et les règles d'organisation et de fonctionnement du Conseil constitutionnel symbolisent implicitement une certaine méfiance historique à l'égard du juge en général, et le rejet de l'idée d'une Cour constitutionnelle, en particulier. Il s'agit simplement à ce moment, de créer un organe compétent pour contenir la Parlement et pour

---

[1739] *Ibid*.

[1740] *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958,* vol. 2, Paris, La Documentation française, 1987, p. 73.

[1741] Pour un dernier exemple enfin, à la question de principe de savoir s'il faut un Conseil constitutionnel, ce sont deux arguments essentiels qui sont développés par François Luchaire. Devant les réserves sur la mise en place d'un organe chargé de contrôler la constitutionnalité des lois, en effet, il entend montrer tout d'abord que le Conseil ne sera pas le gardien de la Constitution, mais permettra seulement de régler certains litiges d'ordre juridique opposant les grands organes dans la mesure où il ne peut être saisi que par le président de la République, le Président du Sénat ou de l'Assemblée Nationale. Par ailleurs, l'intérêt d'instituer un Conseil constitutionnel permet de veiller à l'application du statut des partis politiques (c'est- à- dire qu'ils puissent se constituer librement, qu'ils soient dirigés suivant des procédés démocratiques, que l'origine de leurs ressources soient connues de tous). *Ibid*., p. 382 et suiv.

[1742] *Ibid.*, vol. 2, p.176.

[1743] *Ibid.*

veiller à la répartition effective des compétences entre le Gouvernement et le Parlement[1744]. D'ailleurs, la création du Conseil constitutionnel s'inscrit en conformité - et cette idée apparait fréquemment lors des discussions -, avec l'héritage culturel, historique et théorique français. Par exemple, à la question de savoir pourquoi ne pas prévoir un droit de saisine des citoyens par voie d'action, les rédacteurs du projet invoquent à son encontre, « *la tradition de la vie publique française* » ou « *nos traditions constitutionnelles*[1745] ». Sur ce point, deux groupes d'arguments semblent constituer l'essentiel des raisons qui ont contribué à l'émergence tardive d'un contrôle de constitutionnalité des lois en France[1746], raisons qui puisent leurs soubassements théoriques dans la philosophie politique de la fin du XVIIIe siècle[1747].

Le premier groupe renvoie à la tradition « *légicentriste*[1748] », héritée notamment de la pensée de Jean-Jacques Rousseau. En effet, conformément à la pensée de Rousseau, la loi est l'expression de la volonté générale, c'est-à-dire que les représentants du peuple ne font qu'exprimer par la loi, la volonté de la Nation souveraine. Au travers de la notion de souveraineté nationale, est alors exprimée l'idée selon laquelle les représentants politiques ne sont que les dépositaires de la volonté du peuple. De cette théorie, deux conséquences peuvent être déduites.

D'abord, s'agissant du juge, la souveraineté de la loi réduit le juge dans un simple rôle d'exégète, une « *simple machine à syllogisme*[1749] » pour reprendre les termes utilisés par M. Belaid. A partir du principe de souveraineté nationale ainsi, la jurisprudence n'est pas

---

[1744] En ce sens, le Professeur Rousseau parle d'une « *volonté positive* » - contenir le Parlement – et d'une « *volonté négative* » - ne pas créer une Cour constitutionnelle. Voir D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, 8e éd., Paris, Monchrestien, 2008, p. 23 et suiv.

[1745] *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958, op.cit.*, p. 104 : « *Franchement on aboutirait je crois, sinon au Gouvernement des juges, du moins à un Gouvernement de ces neufs membres qui seraient nommés pour dix ans et qui auraient évidemment une indépendance totale, mais autant il parait sain de leur donner la possibilité de faire en sorte qu'une loi ne soit pas promulguée autant, vraiment, permettre à ce collège d'annuler des lois, là, c'est un pas qui est tellement contraire à toutes nos traditions constitutionnelles que le Gouvernement n'a pas cru devoir le franchir* ».

[1746] Voir, sur ce point, L. Favoreu, « La place du Conseil constitutionnel dans la Constitution de 1958 », http://www.conseil-constitutionnel.fr/dossier/quarante/q18.htm. Louis Favoreu relève que « *Le Conseil constitutionnel est l'incarnation d'une institution étrangère à la tradition française : la justice constitutionnelle* ».

[1747] Voir J. Bonnet, *Le juge ordinaire français et le contrôle de la constitutionnalité des lois*. *Analyse critique d'un refus*, th., Paris, Dalloz, 2009, p. 171 et suiv.

[1748] Voir sur ce point, Ph. Raynaud, « La loi et la jurisprudence, des lumières et la révolution française », *APD*, 1985, t. 30, p. 61. ; Voir, également, G. Timsit, *Les figures du jugement*, Paris, PUF, 1993, 204 p.

[1749] Voir S. Belaid, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, th., Paris, LGDJ, 1974, Introduction p. 5.

considérée comme une source du droit, mais comme une application de la loi afin de résoudre un litige particulier[1750].

Ensuite, la seconde conséquence de l'héritage de Rousseau induit que l'expression matérielle de la volonté du peuple - la loi -, ne peut « *mal faire* » dans la mesure où elle diffuse l'intérêt général et elle est présumée incarner le bien commun. Il n'y a donc pas lieu d'instituer un organe susceptible de contrôler la loi. De surcroît, à supposer même qu'un tel contrôle soit imaginé, il apparaît contraire au principe démocratique, d'instituer un organe non élu capable d'écarter un acte adopté par les représentants élus du peuple[1751].

Le second groupe d'arguments est lié à l'acception nationale de la séparation des pouvoirs. Erigé en véritable dogme, le principe de séparation des pouvoirs est interprété pendant longtemps en France, comme impliquant une stricte séparation entre les trois pouvoirs dans l'Etat[1752]. De fait, créer un organe qui appartient au pouvoir judiciaire et chargé d'apprécier la constitutionnalité de la loi, équivaut à une immixtion du pouvoir judiciaire au sein des compétences du pouvoir législatif. Allant à l'encontre d'une certaine acception de la séparation des pouvoirs, le risque encouru est celui d'un « *gouvernement des juges* ». En filigrane, est reflété le souvenir de l'activisme débordant des parlements sous l'Ancien Régime et la méfiance historique des révolutionnaires à l'égard du juge[1753]. De façon appliquée sur ce point, la Constitution de 1791 prévoit que « *Les tribunaux ne peuvent, ni s'immiscer dans l'exercice du pouvoir législatif, ou suspendre l'exécution des lois, ni entreprendre sur les fonctions administratives, ou citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions*[1754] ».

[1750] *Ibid.*, p.261 : « *L'organe politique est celui qui exerce initialement et souverainement une fonction créatrice et ordonnatrice ; les organes non politiques sont chargés d'une fonction subordonnée d'exécution et d'application des volontés des Pouvoirs politiques. C'est sur la base de cette distinction que l'école traditionnelle a posé que la création du Droit est l'apanage et le monopole du pouvoir législatif et que, par voie de conséquence, elle a « relégué le juge dans le contentieux proprement dit », fonction subordonnée et conditionnée* ».

[1751] Voir sur ce point, F. Luchaire, *Le juge constitutionnel en France et aux Etats-Unis. Etude comparée*, Paris, Economica, 82 p. Vois spéc., p. 3 : « *Ainsi aux Etats- Unis, la souveraineté du peuple, exprimée par la Constitution conduit au contrôle de la constitutionnalité des lois, en France la souveraineté de la Nation exprimée par la loi exclut pareil contrôle* ».

[1752] Voir F. Rouvillois, *Droit constitutionnel*, t.1, Paris, Flammarion, 2004, 333 p.

[1753] Voir sur ce point, F. Hourquebie, *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la Ve République*, th., Bruxelles, Bruylant, 2004, 678 p. Voir spéc., p. 6 : « *Les révolutionnaires de 1789, les rédacteurs de la Constitution de 1791 et des suivantes vont se méfier des excès de pouvoir des juridictions* ».

[1754] Chapitre V *Du pouvoir judiciaire* art. 3. Voir le texte de la Constitution de 1791, disponible sur le site de l'Université de Perpignan, à l'adresse suivante : http://mjp.univ-perp.fr/france/co1791.htm

Relativement classiques, ces arguments suffisent pour expliquer le refus constant de la part du pouvoir constituant de permettre au pouvoir judiciaire de contrôler la constitutionnalité des lois en France, mais également le rôle timide accordé au Conseil constitutionnel en 1958. Précisément, la ligne directrice qui irrigue la plupart des mécanismes constitutionnels imaginés en 1958 est celle d'un rééquilibrage entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif. Le souvenir d'un débordement constant du pouvoir législatif sur le pouvoir exécutif ayant provoqué une instabilité chronique des gouvernements successifs sous la IVe République est une source d'inspiration essentielle au moment d'imaginer un nouvel ordre constitutionnel. En ce sens, le Professeur Rousseau considère que « *pour se diriger dans le labyrinthe des dispositions constitutionnelles de 1958, il existe un fil d'Ariane simple et connu aujourd'hui de tous : l'abaissement du rôle du Parlement*[1755] ». La création du Conseil constitutionnel s'inscrit dans cette lignée.

Dès lors en aucun cas, le Conseil constitutionnel n'est imaginé comme pouvant jouer le rôle d'un contre-pouvoir à l'exercice du pouvoir du Gouvernement et du Parlement[1756]. Il s'agit d'organiser un gardien de la répartition des compétences entre le pouvoir exécutif et législatif et surtout, de contenir cet organe dans ses activités à travers des règles de fonctionnement claires et limitées.

§2/ L'étendue du pouvoir d'interpréter la Constitution, symbole de la légitimité du juge dans l'ordre constitutionnel national

La Cour suprême américaine et la Cour fédérale allemande disposent d'un véritable « *droit du dernier mot* » en matière constitutionnelle et n'hésitent pas, à travers certains cas d'espèce, à rappeler aux pouvoirs publics qu'ils sont liés, de façon inconditionnée, par la Constitution et par leurs interprétations jurisprudentielles. En pratique, cet aspect permet au juge allemand comme au juge américain d'effectuer un travail poussé d'analyse et d'interprétation de la Constitution lorsqu'ils sont saisis. Leurs décisions sont longues et elles permettent surtout, une vision claire et globale des exigences constitutionnelles. (A ; B) Pour ce qui est du Conseil constitutionnel, soucieux de toujours respecter strictement son domaine de

[1755] D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, 8e éd., Paris, Montchrestien, 2008, p. 24.
[1756] Voir sur ce point, E. Zoller, « La justice comme contre-pouvoir : regards croisés sur la pratique américaine et française », *RIDC*, 2001, vol. 53, p. 559.

compétence, ses décisions s'efforcent de traduire fidèlement le texte constitutionnel. Matériellement, ses décisions sont courtes et se contentent de répondre à l'argument de conformité d'une loi à la Constitution (C).

Pour épauler le propos, l'exemple pratique de la position de ces trois juridictions s'agissant de l'appréciation de la constitutionnalité des législations relatives à l'avortement dans les années 1970, est éclairant[1757]. Circonscrit volontairement à l'analyse de la seule Constitution et des dispositions qui potentiellement protègent un droit à la vie ainsi que, de façon concurrente, un droit à la liberté d'avorter, le propos s'efforce de mettre en lumière le travail d'interprétation du texte constitutionnel de la part des trois juridictions. Très précisément, tout l'intérêt de cet exemple est qu'il interroge une pratique qui ne figure en tant que telle, dans aucune des trois constitutions[1758] et de surcroît, il permet de montrer comment les trois juridictions déterminent le cadre constitutionnel applicable à l'avortement sur la base de dispositions qui ne le concernent pas directement.

A/ La Cour fédérale allemande, gardien du droit et des valeurs véhiculées par le droit

En parcourant les décisions de la Cour constitutionnelle fédérale, on est rapidement frappé par le style et par la rigueur avec laquelle elle impose aux pouvoirs publics, les prescriptions constitutionnelles qui encadrent leurs activités. Pour ne prendre que quelques exemples, le juge de Karlsruhe considère en 1985, que toute règlementation visant à aménager ou à limiter un rassemblement[1759], doit respecter la liberté de réunion ou de manifestation prévue à l'article 8 de la Loi Fondamentale[1760]. Ramenée au cas d'espèce, la Cour considère que la liberté de réunion « *mérite d'occuper, dans un Etat libéral, un rang tout particulier*[1761] » et,

[1757] L'intérêt de mobiliser cette politique jurisprudentielle réside dans l'imprécision des dispositions constitutionnelles relatives à la protection d'un droit à la vie. Notamment, quand commence la vie et comment la protéger ou comment évaluer la balance des intérêts entre la mère et l'enfant. Voir sur ce point, M. Drapier, « La loi relative à l'interruption volontaire de grossesse dix ans après : histoire d'un compromis », *RDP*, 1985, p. 443 ; L. Favoreu, « Les juges constitutionnels et la vie », *Droits*, 1991, n° 13, p. 75.
[1758] Le propos ne s'intéresse qu'aux trois décisions rendues au même moment, au milieu des années 1970, par les trois juridictions et ne prétend pas traiter des évolutions jurisprudentielles sur ces questions.
[1759] Il s'agit d'un recours de plusieurs comités de citoyens qui souhaitent manifester contre la construction d'une centrale nucléaire. Voir la décision du 14 mai 1985, *Liberté de réunion et de manifestation*, L. Favoreu (Dir.), *La justice constitutionnelle, Belgique–Espagne - Italie –Allemagne*, Paris, La Documentation Française, 1998, p. 49.
[1760] La Cour considère que l'article 8 « *garantit aux titulaires de droits fondamentaux le droit de décider librement du lieu, de la date, de la nature et de l'objet de la manifestation à organiser et interdit du même coup, que l'Etat impose l'obligation d'y participer ou de s'en abstenir* ». *Ibid*., p. 49.
[1761] *Ibid*.

décharné des faits au fondement de cette décision, « *le droit de se réunir sans entrave et sans autorisation spéciale avec d'autres personnes a été considéré depuis toujours comme le signe de la liberté, de l'indépendance et de la maturité d'esprit du citoyen*[1762] ».

Parallèlement, et pour un second exemple de l'autorité avec laquelle la Cour assure la protection des droits, elle considère que l'article 4 alinéa 1 de la Constitution qui consacre la liberté de croyance, « *ne se limite à prohiber une ingérence de l'Etat dans ses convictions religieuses, les actions et les représentations de l'individu ou des communautés religieuses. Il lui confie également le devoir de leur assurer un espace d'action propice au développement de la personnalité dans un domaine philosophico-religieux et de les protéger face aux agressions ou aux entraves des partisans d'autres croyances ou de groupes religieux*[1763] ».

Plus généralement, s'agissant de la technique juridique proprement dite, une analyse de la politique jurisprudentielle de la Cour constitutionnelle montre qu'il s'agit le plus souvent, de conforter l'importance des règles constitutionnelles particulières, soit en considérant qu'elles s'inscrivent dans un tout indivisible, soit parce qu'elles renvoient et sont liées aux valeurs fondamentales qui sous-tendent la Constitution.

Sur le premier point d'abord, le juge allemand voit dans chaque disposition en cause dans un cas d'espèce, un élément d'un ensemble constitutionnel indivisible. En d'autres termes, les dispositions particulières sont liées, et sont le plus souvent rattachées, aux grands principes constitutionnels de dignité, d'Etat de droit ou du fédéralisme qui sont au fondement de la Loi fondamentale de Bonn[1764]. Cette démarche, qui consiste à faire dépendre telle disposition au respect de la Constitution pleine et entière, permet précisément d'accentuer le poids des normes en cause.

Ensuite, à l'occasion d'une décision particulière, la Cour constitutionnelle a fréquemment tendance à rappeler les valeurs qui sous-tendent la Constitution et de fait, la nécessité de respecter les dispositions positives de la Constitution, à même de bafouer les valeurs fondamentales du constitutionnalisme allemand[1765]. La force de la règle de droit est ainsi confortée par les valeurs fondamentales véhiculées par la règle[1766].

[1762] *Ibid*., p. 50.

[1763] *Ibid.*, p. 56.

[1764] Voir sur ce point, M. Fromont, « La Cour constitutionnelle fédérale et le droit », *Droits*, 1990, n° 11, p. 119.

[1765] Le Professeur Fromont relève sur ce point, qu'au lieu d'appliquer la Constitution à la lettre, « *elle élabore des théories savantes qui lui permettent de dégager une règle constitutionnelle très précise dont elle imposera le respect aux différentes autorités politiques* ». Voir M. Fromont, « Le juge constitutionnel », *Pouvoirs*, 1982, n° 22, p. 46. Particulièrement vrai s'agissant des droits fondamentaux, la Cour raisonne sur la base de la Loi fondamentale comme un système unitaire de valeurs : « *Ce système de valeurs est naturellement à comprendre*

Pour illustrer la politique jurisprudentielle de la Cour en la matière - les dispositions de la Constitution forment un tout indivisible, porteur des valeurs fondamentales de l'ordre constitutionnel allemand -, la décision du 25 février 1975 sur la loi relative à l'interruption volontaire de grossesse (IVG), est très éclairante.

Saisie par 193 membres du Bundestag et par certains gouvernements des Länder, la Cour est invitée à se prononcer sur la question de savoir si une loi qui prévoit la possibilité d'un recours à l'IVG dans les douze premières semaines qui suivent la conception, n'est pas contraire à l'article 2 alinéa 2 de la Loi fondamentale. En effet, ce dernier prévoit explicitement un droit à la vie et est ainsi rédigé : « *Chacun a droit à la vie et à l'intégrité physique. La liberté de la personne est inviolable. Des atteintes ne peuvent être apportées à ces droits qu'en vertu d'une loi*[1767] ».

Afin d'évaluer la marge de manœuvre du législateur sur la base de cet article, la Cour ne se contente d'une analyse textuelle des prescriptions constitutionnelles. Elle recherche plus en profondeur, la volonté du pouvoir constituant et s'efforce de donner sa propre interprétation de la Constitution, pour adapter le droit à la vie à la réglementation sur l'IVG. Sur ce point, la Cour relève dans le corps de la décision, que « ***pour décider des critères et des limites de la liberté de décision du législateur en la matière, il faut prendre une vue d'ensemble du groupe de normes constitutionnelles qui s'y rapportent et du système de valeurs qu'elles expriment***[1768] ». En l'espèce, considère le juge, le droit à la vie consacré à l'article 2 de la Constitution « ***s'explique principalement comme une réaction à l'anéantissement d'une « vie qui ne mérite pas la vie », à la « solution finale » et autres « liquidations » réalisées comme mesures étatiques par le régime national-socialiste*** ». (…) Davantage, rapprochée d'autres dispositions porteuses de valeurs similaires, le droit à la vie exprimé au sein de l'article 2 de la Loi fondamentale représente, « *Tout comme l'abolition de la peine de mort*

---

dans le contexte de la « démocratie militante » qu'est la Loi Fondamentale ». Voir O. Jouanjan, *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, th., Paris, Economica, 1992, 449 p. ; Voir spéc., p. 171.

A propos d'une affaire Lüth du 15 janvier 1958, l'auteur rappelle que « *la Cour constitutionnel a affirmé que la Loi fondamentale « n'entendait pas être un ordre axiologiquement neutre », mais qu'au contraire elle avait érigé « un ordre objectif de valeurs » ; « la partie de la Loi fondamentale consacrée aux droits fondamentaux constitue elle-même un « système de valeurs »* ». L. Favoreu, *La justice constitutionnelle, op. cit.*, p. 169 et suiv.

[1766] Cette politique jurisprudentielle crée une double nature aux droits fondamentaux protégés par la Loi Fondamentale : une nature subjective et une nature objective. Voir sur ce point, M. Fromont, « Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République fédérale d'Allemagne », *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1975, p. 68.

[1767] Voir le texte de la Loi fondamentale disponible sur le site de l'Université de Perpignan, à l'adresse suivante : http://www.bundesregierung.de/Webs/Breg/FR/Loifondamentale/01__LesDroitsFondamentaux/lesdroitsfondamentaux.html__nnn=true#doc194808bodyText2

[1768] Cour constitutionnelle fédérale, décision du 25 février 1975, vol. 39, p. 1, reproduite *in* L. Favoreu (Dir.), *La justice constitutionnelle, Belgique–Espagne-Italie–Allemagne*, La documentation Française, documents d'études, n° 1.16, 1998, p. 52 et suiv.

par l'article 102, une « adhésion au principe de la valeur de la vie humaine » et une conception de l'Etat qui prend le contre-pied des idées d'un régime politique pour lequel l'individu ne comptait guère et qui pour cette raison abusa sans limite du droit qu'il s'était attribué sur la vie et sur la mort du citoyen[1769] ».

Par conséquent, respecter le droit constitutionnel à la vie dans le cadre de la réglementation sur l'IVG, est une obligation qui découle directement de la réaction constitutionnelle au régime national-socialiste et de la volonté de la part du pouvoir constituant en 1949, de contraindre le pouvoir politique au respect des droits fondamentaux[1770]. Pour reprendre les termes de la Cour sur ce point, « *cette décision fondamentale de la Constitution détermine le contenu et l'interprétation de l'ordre juridique tout entier*[1771] ».

Tirant alors les conséquences de la valeur juridique de cette disposition particulière, c'est-à-dire le respect inconditionnel du droit à la vie au sein du régime actuel, la Cour en déduit la marge de manœuvre du législateur en la matière. Elle relève, et la formule est assez remarquable, que « *même le législateur n'est pas libre à son égard ; aucune considération d'opportunité touchant la politique en matière sociale et même, au-delà, aucune nécessité de l'Etat ne peuvent primer cette limite constitutionnelle* (...) *Même un changement général des idées dominantes dans la population ne pourrait rien changer à ce qui vient d'être dit*[1772] ». Les arguments d'autorité développés par la Cour pour soumettre le législateur aux dispositions constitutionnelles sont forts : « *le législateur n'est pas libre à son égard ; aucune nécessité d'Etat ne peut primer cette limite constitutionnelle* ». Sur ce point, le juge allemand va même jusqu'à considérer que « *même un changement général des idées dominantes dans la population ne pourrait rien changer* ». En d'autres termes, la Cour constitutionnelle de Karlsruhe est le dépositaire de la garantie des valeurs essentielles de l'ordre constitutionnel en

---

[1769] *Ibid*., p. 53 : « *La loi fondamentale se fonde sur des principes d'organisation de l'Etat qui ne s'expliquent que par l'expérience historique et l'affrontement spirituel et éthique avec le système antérieur du national-socialisme. La Loi fondamentale s'oppose à la toute-puissance de l'Etat totalitaire qui revendiquait pour lui-même la domination sans limites sur tous les domaines de la vie sociale, et pour lequel il était de principe qu'il n'y avait pas lieu de prendre en considération la vie de l'individu dans la poursuite de ses fins politiques ; la Loi fondamentale établit en antithèse un ordre lié à un système de valeurs qui place au centre de toutes les règlementations étatiques l'individu humain et sa dignité* ».

[1770] *Ibid.*

[1771] *Ibid*., p. 54.

[1772] *Ibid*. A propos de son propre rôle, dans la protection des droits, la Cour entend rappeler que : « *La Cour constitutionnelle fédérale qui a reçu de la Constitution la mission de veiller au respect par tous les organes étatiques des principes sur lesquels elle est fondée, et le cas échéant de les faire effectivement prévaloir, ne peut orienter ses décisions que dans le sens de ces principes au développement desquels sa jurisprudence a contribué de façon décisive* ».

vigueur et c'est elle qui décide des orientations idéologiques susceptibles d'influencer la réglementation juridique. Quoi qu'il en soit, l'efficacité et la supériorité des règles de nature constitutionnelle sur les normes inférieures sont confortées par la Cour qui n'hésite pas à rappeler au législateur, qu'une disposition particulière s'inscrit le plus souvent, dans un tout indivisible et porteur d'une axiologie forte[1773].

S'agissant enfin de l'étendue du « *droit constitutionnel à la vie* », la Cour entreprend, ramenée au cas d'espèce, de déterminer si l'être non encore né est susceptible d'être titulaire de ce droit. Autrement dit, est-il possible d'évaluer à partir de quel stade l'ensemble des attributs d'un être humain est constitué pour connaître par voie de conséquence, le moment où les dispositions constitutionnelles protégeant le droit à la vie sont opposables au législateur ?

Prenant appui sur l'état des connaissances scientifiques en la matière, le juge admet qu'il convient de situer le début de la vie aux alentours du quatorzième jour après la conception et que l'évolution ultérieure ne permet pas d'identifier d'autres stades de développements clairs de la personne humaine[1774]. Pour cette raison, le Cour constitutionnelle fédérale reconsidère le rayonnement de l'article 2 et en consacrant le fait que « *Chacun a droit à la vie*[1775] », précise que la Constitution doit s'entendre comme intégrant « *tout vivant qui vit*[1776] ». Ainsi, l'article 2 de la Loi fondamentale de Bonn protège[1777] de la même façon l'être humain né et celui qui n'est pas encore né[1778].

[1773] Sur ce point, la Cour rappelle régulièrement dans un considérant de principe, « *que les droits fondamentaux sont en premier lieu des droits de défense du citoyen vis-à-vis de l'Etat, qu'un ordre de valeurs objectives s'incarne dans la Loi fondamentale et que cet ordre, tout autant que la décision constitutionnelle de base, est valable pour toutes branches du droit* ». Citée par Ch. Starck, « La jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale concernant les droits fondamentaux », *RDP*, 1988, p. 1263.

[1774] Précisément, le juge de Karlsruhe relève qu'une « *connaissance biologico-physiologique certaine nous apprend que la vie, c'est-à-dire l'existence historique d'un individu humain, commence au plus tard quatorze jours après la conception…Le processus de développement ultérieur est un phénomène continu, où n'apparaissent pas des phases nettement séparables et qui ne permet pas de délimiter avec précision les différents degrés de développement de la vie humaine. Ce processus ne se termine même pas avec la naissance ; les phénomènes de conscience propres à la personnalité humaine, par exemple, n'apparaissent qu'assez longtemps après cette naissance* ». Cour constitutionnelle fédérale, décision du 25 février 1975, *op. cit.*, p. 53.

[1775] Article 2 alinéa 2 de la Loi fondamentale.

[1776] La Cour relève que « *la protection de l'article 2 ne peut être limitée ni à l'homme « achevé » après la naissance, ni au futur nouveau- né capable de vie autonome. Le droit à la vie est garanti à chaque individu qui « vit » ; on ne peut ici faire aucune distinction entre différentes périodes antérieures à la naissance. « Chacun », au sens de l'article 2, signifie « tout vivant », autrement dit : tout individu possédant la vie ; en définitive, le mot couvre également l'être humain non encore né* ». Voir Cour constitutionnelle fédérale, décision du 25 février 1975, *op.cit.*, p. 53.

[1777] D'ailleurs, la protection constitutionnelle de l'enfant à naître s'applique également, selon la Cour, aux dispositions relatives à la dignité humaine : « *L'obligation de l'Etat de protéger toute vie humaine… découle encore de la prescription de l'article 1er, deuxième phrase, de la Loi fondamentale car la vie en cours de développement participe également à la protection que cet article accorde à la dignité humaine. Partout où elle*

En étendant le champ d'application du « *droit à la vie* » tel qu'il résulte de l'article 2 alinéa 2 de la Loi fondamentale à *« tout vivant* » (« *également l'être humain non encore né*[1779] »), la Cour constitutionnelle fédérale allemande distingue la mère de l'embryon qu'elle porte, pour en faire deux personnes titulaires de droits distincts. Les dispositions constitutionnelles lient le législateur dans la préservation d'un droit propre à la vie en faveur de l'embryon et d'un droit d'une mère de disposer d'elle-même. Sur ce dernier point, la Cour est plus brève et se contente de considérer par analogie, qu'à partir d'un droit « *au libre développement de sa personnalité* », il faut admettre que la Constitution protège également un droit à pouvoir décider de mettre un terme à une grossesse[1780].

Dès lors, la Cour admet que toute réglementation sur l'IVG doit concilier les droits de deux personnes distinctes, ceux de la femme enceinte et ceux de l'enfant à naître. En pratique, cette conciliation entre des droits qui s'opposent doit respecter un principe essentiel, celui du sacrifice le moins lourd pour les droits concernés[1781]. Sur ce point, il ne fait aucun doute qu'il s'agit d'atténuer la liberté d'une femme à mettre un terme à une grossesse au profit d'une protection plus importante de la vie d'un enfant à naître[1782].

Finalement, l'exemple de l'interprétation par la Cour des dispositions constitutionnelles applicables à l'IVG permet d'induire l'ensemble des moyens et la légitimité dont dispose la Cour constitutionnelle fédérale pour imposer avec rigueur les termes de la Loi fondamentale de 1949 aux pouvoirs publics. Les mêmes conclusions peuvent être déduites de la jurisprudence de la Cour Suprême des Etats-Unis.

---

existe, la vie humaine présente cet attribut de dignité ; peu importe que le titulaire de cet attribut en ait conscience et soit capable de le faire respecter personnellement. Les aptitudes potentielles incluses au départ même de l'existence humaine suffisent à fonder la dignité de l'homme ». *Ibid*., p. 53.

[1778] Sur ce point, la Cour considère que « *le sens et le but de l'article 2, alinéa 2, première phrase, de la Loi fondamentale exige que l'on étende la protection de la vie également à la vie en cours de développement. L'existence humaine ne serait pleinement garantie contre des atteintes de la part de l'Etat si on englobait pas également l'étape antérieure à la « pleine vie », la vie antérieure à la naissance* ». La Cour ajoute qu'il s'agit, d'une façon générale, de l'application d'un principe jurisprudentiel selon lequel, « *en cas de doute, il faut choisir l'interprétation qui porte à son maximum l'efficacité de la norme qui consacre un droit fondamental* ». *Ibid*.

[1779] *Ibid*.

[1780] *Ibid*. : « *Le droit de la femme au libre développement de sa personnalité, qui inclut la liberté d'action en un sens extrêmement large et donc le droit de se décider contre une maternité et les obligations qui en découlent, méritent également reconnaissance et protection* ».

[1781] La Cour se fonde sur l'article 19 alinéa 2 de la loi fondamentale aux termes duquel, on ne doit porter atteinte « *au contenu essentiel d'un droit fondamental* ».

[1782] *Ibid*. : « *Le droit de la femme au libre développement de sa personnalité, qui inclut la liberté d'action en un sens extrêmement large et donc le droit de se décider contre une maternité et les obligations qui en découlent, mérite également reconnaissance et protection. Mais ce n'est pas un droit absolu ; il est au contraire limité par les droits d'autrui, par l'ordre constitutionnel et par la loi morale. Il est acquis au départ qu'il ne peut jamais inclure le droit de s'immiscer sans raison dans la sphère juridique protégée d'un autre sujet, et encore moins celui de la détruire avec la vie elle-même, surtout si la nature des choses implique une particulière responsabilité pour cette vie* ».

B/ La Cour suprême américaine, gardienne de la volonté du pouvoir constituant originaire

A l'occasion d'une affaire *Cooper v. Aaron* en 1958, est directement posée la question de l'autorité des arrêts de la Cour suprême envers les pouvoirs publics[1783]. Devant le refus du gouverneur de l'Arkansas de prendre en compte la jurisprudence de la Cour relative à l'interdiction de restreindre l'accès aux écoles publiques pour des motifs raciaux, le juge suprême prend soin de rappeler que l'ensemble des pouvoirs publics est lié par la jurisprudence constitutionnelle. Solennellement, la Cour relève que « *le pouvoir judiciaire fédéral est suprême dans l'exposition du droit de la Constitution et ce principe n'a jamais cessé d'être tenu par la Cour et par le pays comme la caractéristique permanente et indiscutable de notre système constitutionnel*[1784] ». Chargée en d'autres termes, d'assurer la défense et la suprématie de la Constitution, la jurisprudence devient à son tour loi suprême et s'impose à l'ensemble des pouvoirs publics.

Dans le même sens, à propos d'un décret du Président Truman prévoyant la réquisition d'aciéries, décret pris sur le fondement juridique de ses « *pouvoirs inhérents* », la Cour tient à rappeler que l'ensemble des compétences du Président relèvent de la seule Constitution. En l'espèce, si la Constitution prévoit le pouvoir de réquisitionner une entreprise privée, cette compétence n'appartient pas au Président mais au Congrès[1785].

Ainsi, ces deux exemples suffisent pour montrer que la Cour Suprême se place en véritable gardien de l'ordre constitutionnel en vigueur, fruit de la volonté du peuple souverain[1786] et opposable à l'ensemble des pouvoirs dans l'Etat.

[1783] Arrêt Cooper v. Aaron 358 US 1 (1958), reproduit *in* E. Zoller (Dir.), *Grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, Paris, PUF, 2000, p. 55.

[1784] *Ibid*.

[1785] Voir Arrêt Youngstown Steel & Tube Co. v. Sawyer 343 US 579 (1952), *in* E. Zoller (Dir.), *Grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, *Ibid*., p. 576 : « *Les fondateurs de cette nation ont confié au seul Congrès le pouvoir de faire les lois dans les bonnes comme dans les mauvaises périodes. Il ne servirait pas à grand-chose de rappeler les évènements historiques, les craintes à l'égard du pouvoir et les espoirs pour la liberté qui se trouvaient derrière leur choix. Un tel rappel ne ferait que confirmer notre décision qui est que cet ordre de réquisition ne peut être maintenu* ».

[1786] Conformément à la décision Marbury vs. Madison aux termes de laquelle : « *Que le peuple ait le droit originaire d'établir son futur gouvernement sur les principes qui, d'après lui, permettront d'atteindre son bonheur, est le fondement sur lequel repose toute la société américaine. La mise en œuvre de ce droit originaire exige une grande énergie et, de ce chef, ne peut, ni ne doit être répétée fréquemment. Aussi bien les principes qui sont ainsi établis sont- ils considérés comme fondamentaux. Et comme l'autorité dont ils émanent est suprême, et ne peut agir qu'exceptionnellement, les principes en question sont conçus pour être permanents. La volonté originaire et suprême organise le gouvernement, et assigne aux différents pouvoirs leurs compétences respectives. Elle peut soit s'arrêter là, soit établir des limites que ces pouvoirs ne devront pas dépasser. Le gouvernement des Etats-Unis ressort du deuxième modèle. Les compétences du pouvoir législatif sont définies et limitées ; et c'est pour que ces limites ne soient pas ignorées ou oubliées que la Constitution est écrite (...)* ». *Ibid*., p. 101.

C'est en 1973 dans un arrêt *Roe v. Wade*, que la Cour suprême est confrontée à la question de savoir si une loi du Texas qui interdit le recours à l'avortement sauf en cas de danger pour la vie de la mère, est conforme à la Constitution. En l'espèce le moyen de la requérante repose sur diverses dispositions constitutionnelles consacrant selon elle, un droit implicite de mettre un terme à une grossesse, étant entendu qu'il n'est pas consacré en tant que tel, dans la Constitution. Elle invoque à titre principal, le quatorzième amendement prévoyant la liberté personnelle[1787] ainsi que le *Bill of rights* protégeant la vie privée, maritale, sexuelle et familiale[1788].

Pour répondre à ce moyen, la Cour s'efforce d'identifier précisément si l'on peut trouver des références constitutionnelles susceptibles de matérialiser un « *droit à la vie privée*[1789] » opposable aux pouvoirs publics. Sur la base des précédents jurisprudentiels, la Cour montre qu'il est possible d'induire des textes constitutionnels et notamment du quatorzième amendement qui consacre la liberté individuelle, l'existence d'un « *droit à une vie privée personnelle* ». Il existe ainsi un droit constitutionnellement protégé au respect de la vie privée et dont le rayonnement « *s'étend jusqu'aux actes relatifs au mariage ; à la procréation ; à la contraception ; aux relations familiales ; à l'éducation des jeunes enfants et des adolescents*[1790] ». Dès lors considère la Cour, le droit à la vie privée a été interprété par la jurisprudence d'une façon suffisamment large, « *pour inclure la décision d'une femme de mettre un terme ou non à sa grossesse*[1791] ».

Une fois un droit constitutionnel à la vie privée admis, incluant celui de mettre un terme à une grossesse, la Cour montre qu'une réglementation qui interdit à une femme d'avorter porte

[1787] « *Aucun Etat ne privera une personne de sa vie, de sa liberté ou de ses biens sans procédure légale régulière* ». Voir la section 1 du quatorzième amendement à la Constitution : http://mjp.univ-perp.fr/constit/us1787a.htm

[1788] Voir Arrêt de la Cour suprême *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), *in* E. Zoller (Dir.), *Grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, *op. cit.* p. 745.

[1789] Comme le relève le Professeur Zoller sur ce point, « *la constitution ne parle pas explicitement de quelconque droit à la vie privée* ». *Ibid.*, p. 745.

[1790] *Ibid.*

[1791] *Ibid*.

nécessairement atteinte ce droit[1792]. Bien entendu un tel droit n'est pas absolu[1793] et la Cour rappelle qu'il n'est pas incompatible avec un encadrement légal de l'avortement[1794].

Répondant ensuite aux différents moyens développés par les parties, la Cour s'intéresse aux droits de l'enfant à naître. Notamment, elle se demande si un fœtus peut être considéré comme une personne. Plus précisément, peut-on soutenir que toute limitation du droit d'avorter outrepasse les compétences de l'Etat sur la base du quatorzième amendement qui prévoit expressément qu'« *Aucun Etat ne privera une personne de sa vie* ».
Après avoir relevé que la Constitution « *est plutôt sobre sur la définition du terme personne*[1795] », le juge suprême américain entreprend alors une énumération exhaustive des dispositions qui contiennent le mot « *personne* » et vérifie l'objet de chacune d'elle, afin de déterminer si le terme constitutionnel de « *personne* » peut englober le foetus. Par exemple, si le quatorzième amendement contient « *trois occurrences du mot « personne », la première, dans la définition de « citoyens », parle de « personnes nées ou naturalisées aux Etats-Unis* (…)[1796] ». Le terme « *personne* » apparaît encore « *dans les dispositions sur l'immigration et les importations* », (…) « *dans les dispositions qui règlent les conditions d'éligibilité à la présidence* » ou « *dans la clause 3 aujourd'hui abrogée sur les esclaves fugitifs*[1797] ». Effectuant la synthèse de l'ensemble des dispositions constitutionnelles qui consacrent le mot, la Cour en déduit qu'aucune ne permet de considérer « *la personne* » comme recouvrant le statut prénatal. De fait, la prescription du quatorzième amendement ne s'applique pas en l'espèce[1798].

[1792] *Ibid.* : « *Le préjudice qu'un Etat cause à une femme enceinte en lui refusant ce choix est généralement évident. Dès le début de la grossesse, un dommage spécial et direct susceptible d'être diagnostiqué sur le plan médical peut en découler. Une maternité, ou des enfants non désirés, peuvent conduire une femme à une situation ou à un avenir de misère. Un traumatisme psychologique peut être imminent. L'éducation d'un enfant peut affecter la santé mentale et physique de la mère. Il y a aussi pour, pour les proches, la détresse liée à la présence de l'enfant non désiré, et le problème d'élever un enfant dans une famille qui n'en a pas les moyens, ni sur le plan psychologique, ni sur tout autre plan (...)* ».
[1793] Voir sur ce point R. Pinto, « La Cour Suprême américaine et la liberté d'avortement », *RDP*, 1995, p. 1119.
[1794] Arrêt de la Cour suprême *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), *op. cit.*, p. 433 : « *Un Etat est pleinement fondé à exciper de ses intérêts importants à protéger la santé publique, garantir la déontologie médicale, et sauvegarder la vie à naître. Au cours d'une grossesse, il existe un moment où ces intérêts deviennent suffisamment impérieux pour justifier une réglementation des facteurs qui déterminent la décision d'avorter. Le droit à la vie privée, dans ce cas, ne peut donc pas être dit absolu* ». La Cour considère plus précisément que l'interdiction de l'avortement doit reposer sur un « *intérêt impérieux d'Etat* ».
[1795] *Ibid.*
[1796] *Ibid.*
[1797] *Ibid.*, p. 433-434. La Cour retient encore le sens du mot « *dans l'énumération des conditions d'éligibilité des représentants et des sénateurs* (…) *dans la clause de répartition entre Etats des impôts et des représentants à la chambre* (…) *dans les clauses sur les émoluments* (…) *dans celles sur les grands électeurs* ».
[1798] *Ibid.* : « *Dans tous ces cas, le mot « personne » est utilisé de telle sorte qu'il ne peut avoir qu'une application postnatale. Aucun ne laisse entendre avec certitude qu'il pourrait recevoir une application*

Ainsi, en cherchant dans l'ensemble des textes de valeur constitutionnelle s'il est possible de faire du droit à la vie privée un droit à l'avortement et des droits de la personne, d'éventuels droits pour la « *personne non née* », la Cour Suprême s'attache à interpréter avec rigueur la Constitution et à s'appuyer, en l'interprétant au temps présent, sur la volonté originaire du pouvoir constituant[1799].

C/ Le Conseil constitutionnel français, une « justice retenue »

Très surveillé dans son activité, le Conseil constitutionnel a longtemps bénéficié de légitimité fragile[1800], du fait essentiellement du caractère supposé anti-démocratique de la procédure qui consiste à conférer à des juges non élus, la possibilité de s'opposer à l'application d'une loi, expression de la volonté générale. Sous l'effet d'un certain nombre de réformes[1801] mais également sous l'effet d'un discours doctrinal visant à souligner l'importance du Conseil au sein d'un Etat de droit[1802], le Conseil a fini par s'imposer plus fortement dans le paysage

---

prénatale. Tout ceci (…) *nous convainc que le terme « personne » tel que le quatorzième amendement l'emploie, ne s'applique pas à l'enfant qui n'est pas né* ».

[1799] Le Professeur Zoller parle à cet égard de la « *théorie de l' « originalisme »* à interpréter la Constitution conformément à la volonté originaire du pouvoir constituant. D'ailleurs, elle rappelle qu'un débat a eu lieu aux Etats-Unis opposant les partisans de la Constitution vivante et ceux qui défendent une interprétation conforme à la volonté du pouvoir constituant. Le Professeur Zoller renvoie à l'opinion dissidente du juge Rehnquist dans cette affaire, aux termes de laquelle, « *la Cour s'est trouvée obligée d'aller chercher dans la portée du Quatorzième amendement un droit qui, apparemment, était complètement inconnu des rédacteurs de ce texte. Dès 1821, le Connecticut fut le premier Etat à édicter une législation sur l'avortement. A l'époque où le Quatorzième amendement fut adopté en 1868, il existait au moins trente-six lois adoptées par des législatures d'Etats ou de territoires d'Etats ou de territoires qui limitaient l'avortement. Et, si de nombreux Etats ont amendé ou mis à jour leurs lois, vingt et une des lois qui étaient en vigueur en 1868 sont toujours en vigueur. En vérité, la loi texane qui est annulée aujourd'hui fut, comme la majorité l'a relevé, adoptée en 1857 et elle est restée pratiquement inchangée jusqu'à nos jours. Apparemment, lorsque le Quatorzième amendement fut adopté, sa validité, ou celle des autres lois d'Etat de même nature, ne fut pas mise en cause. La seule conclusion possible à laquelle cette histoire conduit est que les rédacteurs du Quatorzième amendement n'ont jamais pensé que leur texte pourrait retirer aux Etats leur droit de légiférer dans ce domaine* ». *Ibid.*, p. 439 et suiv.
Voir également sur ce point, R. Pinto, « La Cour Suprême américaine et la liberté d'avortement », *op. cit.*, p. 1126 et suiv.

[1800] Sur cette question, voir D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, 8e éd., Paris, Montchrestien, 2008, p. 82 et suiv.

[1801] Il s'agit bien entendu respectivement de la décision du 16 juillet 1971 étendant le contrôle des lois aux dispositions du Préambule (C. Constit., n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, Rec., p. 29), de la réforme du 21 octobre 1974 qui élargit le droit de saisine et de la récente révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 qui introduit un contrôle *a posteriori* des lois et la possibilité, sous conditions, pour les citoyens d'invoquer une violation de la Constitution. On peut, sur ce point, ajouter la récente réforme qui introduit la question prioritaire de constitutionnalité. Voir la Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République, JO du 24 juillet 2008.

[1802] On pense notamment aux travaux des Professeurs Rousseau et Favoreu. Voir par exemple, L. Favoreu, « L'apport du Conseil constitutionnel au droit public », *Pouvoirs*, 1986, n° 13, p. 17 ; L. Favoreu et *alii*, *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, dern. éd. ; D Rousseau, « La jurisprudence constitutionnelle : quelle « nécessité démocratique » ? », in G. Drago, B. François, N. Molfessis (Dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil*

institutionnel national. Pour autant, la méfiance voire les critiques à l'égard de l'activité du Conseil constitutionnel demeurent, tant de la part de la classe politique que de la part de la communauté des juristes.

Par exemple, à l'occasion des traditionnels échanges de vœux entre le Conseil constitutionnel et le Chef de l'Etat, M. Mazeaud entend souligner les difficultés auxquelles est toujours confrontée la Haute Instance. « *A deux occasions en 2006* », relève-t-il, « *la saisine du Conseil constitutionnel est devenue un enjeu majeur d'une crise nationale et le Conseil s'est trouvé placé, bien malgré lui, sous les feux des projecteurs*. (…) ***Certains hommes politiques (cela est même arrivé à deux ministres), incommodés par les conséquences de nos décisions, manifestent, par des critiques publiques, qu'ils n'ont toujours pas compris que le Conseil juge en droit. Je le constate avec tristesse. Il faut bien s'accommoder de cette sorte de rhumatisme de notre Etat de droit***[1803] ».

Marqué ainsi du sceau du politique au fer rouge[1804], le Conseil constitutionnel a parfois du mal à être épargné par les querelles partisanes[1805] alors même qu'il aspire aujourd'hui à être considéré comme une juridiction à part entière, chargée simplement de dire le droit en vigueur.

S'agissant de la communauté scientifique, la lecture de certains articles publiés au sein des revues juridiques est éclairante. En effet, bon nombres d'articles, aux titres évocateurs, symbolisent la méfiance persistante des juristes français : « *la jurisprudence du Conseil constitutionnel est-elle imprévisible ?*[1806] », « *le Conseil constitutionnel en fait-il trop ?*[1807]»,

---

Constitutionnel, Economica, coll. Etudes Juridiques, 1999, p. 363 et suiv. ; D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p. 413 et suiv. ; D. Rousseau, « Une résurrection : la notion de Constitution », *RDP*, 1990, p. 5.

[1803] Voir les Vœux du Président du Conseil constitutionnel, M. Mazeaud, au Président de la République le 3 janvier 2007, disponible sur le site du Conseil constitutionnel à l'entrée *« discours et interventions »* http://www.conseil-constitutionnel.fr

[1804] Le plus souvent, c'est la procédure politique de nomination des membres du Conseil constitutionnel qui constitue l'argument principal pour dénoncer des décisions partisanes.

[1805] Comme le relève, à juste titre, le Professeur Blachèr, « *qui n'a jamais été attristé, agacé, voire irrité par une décision rendue par le Conseil constitutionnel ? Pourtant, comment peut-il en être autrement dans le mesure où le contrôle préventif de constitutionnalité des lois votées intervient sur des sujets qui divisent l'opinion publique (la bioéthique, l'interruption volontaire de grossesse, le statut de la Corse, les libertés fondamentales) ?* ». Voir P. Blachèr, « Le Conseil constitutionnel en fait-il trop ? », *Pouvoirs*, 2003, n°105, p. 17.

L'auteur ajoute : « *Parmi les contestations – naturelles et inévitables – que la jurisprudence constitutionnelle suscite, le constitutionnaliste a bien du mal à isoler les critiques « purement » juridiques déduites de l'observation et de l'évaluation par la science du droit constitutionnel des interprétations jurisprudentielles données dans le cadre de l'article 61 de la Constitution. En effet, les juristes ne masquent-ils pas dans leurs commentaires des décisions du Conseil constitutionnel une part d'idéologie ?* ».

[1806] B. Genevois, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel est-elle imprévisible ? », *Pouvoirs*, 1991, n°59, p. 129.

[1807] P. Blachèr, « Le Conseil constitutionnel en fait-il trop ? », *op.cit.*, p. 17.

« *faut-il réformer le Conseil ?*[1808] », « *le Conseil constitutionnel et l'appropriation du pouvoir constituant*[1809] », « *pour la suppression du Conseil constitutionnel*[1810] », « *pour ou contre la limitation du pouvoir du juge constitutionnel*[1811] », etc. Juridiquement, la doctrine souligne le plus souvent la nécessité pour le juge constitutionnel de s'en tenir à la confrontation de la Constitution à une loi et de ne pas aller trop loin dans l'interprétation des textes[1812].

Pour toutes ces raisons, les « *stigmates jurisprudentiels* » de cette méfiance apparaissent parfois. Deux exemples célèbres de positions défendues par le Conseil constitutionnel, suffisent pour attester une forme d'autolimitation[1813].

Le premier est celui de la décision du 6 novembre 1962 par laquelle le juge se déclare incompétent pour se prononcer sur la compatibilité d'une loi adoptée par référendum à la Constitution[1814]. Deux arguments sont intéressants dans le raisonnement du juge étant précisé que tout deux, selon les termes de la décision, résultent de l'interprétation de l'esprit et du texte même de la constitution. Tout d'abord, le Conseil constitutionnel rappelle que son rôle est celui d' « *organe régulateur des pouvoirs publics*[1815] » conformément à la volonté du pouvoir constituant en 1958. Par ailleurs, s'agissant de l'étendue de sa compétence, le Conseil constitutionnel pose le principe selon lequel l'exercice du contrôle de constitutionnalité d'une loi ne concerne que celles adoptées par le Parlement, à l'exception de « *celles qui, adoptées*

[1808] R. Chiroux, « Faut-il réformer le Conseil ? », *Pouvoirs*, 1980, n° 13, p. 101.

[1809] A. Werner, « Le Conseil constitutionnel et l'appropriation du pouvoir constituant », *Pouvoirs*, 1993, n° 67, p. 117.

[1810] J. Foyer, « Pour la suppression du Conseil constitutionnel », *RA*, 1998, n° 301, p. 97.

[1811] D. Rousseau, « Pour ou contre la limitation du pouvoir du juge constitutionnel », *RA*, 1998, n° 301, p. 197.

[1812] Ainsi, discutant la *« marge de liberté du Conseil constitutionnel »* dans le maniement des textes, le Professeur Pactet montre que « *la juridiction saisie ne doit en aucun cas substituer son propre point de vue à celui du constituant ou du législateur, sous peine de donner prise au reproche de gouvernement des juges, qui est la négation du principe démocratique* ». Il ajoute « *si dans nombre de cas une interprétation constructive est nécessaire, elle doit rester très mesurée, discrète, modeste, et cela d'autant plus lorsqu'elle porte sur des règles fondamentales relatives à l'organisation de la nation et aux garanties des citoyens telles qu'elles ont été adoptées par les titulaires du pouvoir constituant ». (…) « Au fond, tout est dans la mesure et l'autolimitation de l'organe qui a en charge l'interprétation* ». Voir P. Pactet, « A propos de la marge de liberté du Conseil constitutionnel », *Mélanges Jacques Robert*, Paris, Montchrestien, 1998, p. 279.

[1813] Confirmée par un ancien Président du Conseil constitutionnel, M. Mazeaud, ces positions jurisprudentielles répondent parfois de considérations « *extra-juridiques* ». Plus précisément, « ***Le conseil constitutionnel s'était défini à l'origine, de manière assez modeste, comme un simple « régulateur de l'activité des pouvoirs publics. » Si l'accroissement de son rôle en matière de protection des droits fondamentaux l'a conduit à abandonner rapidement une définition assez réductrice, il n'en a pas moins multiplié les mécanismes dits « d'autolimitation »*** ». Il ajoute « *Le Conseil a dégagé de lui-même plusieurs principes qui témoignent d'une volonté aussi ancienne que constante de se détourner du « gouvernement des juges ». Cette attitude a contribué à faire accepter ses décisions. Elle se traduit aussi bien dans la définition de sa compétence que dans le choix des critères généraux de son exercice* ». Voir P. Mazeaud, *La place des considérations extra-juridiques dans l'exercice du contrôle de constitutionnalité*, Erevan, 29 septembre-2 octobre 2005, disponible sur le site du Conseil constitutionnel : http://www.conseil-constitutionnel.fr

[1814] C. Constit, n° 62-20 DC du 6 novembre 1962, *Loi référendaire*, Rec., p. 27

[1815] *Ibid.*

par le peuple à la suite d'un référendum, constituent l'expression directe de la souveraineté nationale[1816] ». Ainsi, le Conseil constitutionnel entend très tôt montrer que l'exercice de son office relève d'une compétence d'attribution et qu'il n'entend pas aller au-delà de ses compétences.

Le deuxième exemple est tiré de la seconde décision *Maastricht* en 1992[1817]. Invité à la suite de la révision constitutionnelle qui a permis l'introduction du Traité de Maastricht en droit interne, à se prononcer sur d'éventuelles incompatibilités persistantes, le juge précise : « *Considérant que sous réserve, d'une part, des limitations touchant aux périodes au cours desquelles une révision de la Constitution ne peut pas être engagée ou poursuivie, qui résultent des articles 7, 16 et 89, alinéa 4, du texte constitutionnel et, d'autre part, du respect des prescriptions du cinquième alinéa de l'article 89 en vertu desquelles "la forme républicaine du gouvernement ne peut faire l'objet d'une révision", le pouvoir constituant est souverain ; qu'il lui est loisible d'abroger, de modifier ou de compléter des dispositions de valeur constitutionnelle dans la forme qu'il estime appropriée ; qu'ainsi rien ne s'oppose à ce qu'il introduise dans le texte de la Constitution des dispositions nouvelles qui, dans le cas qu'elles visent, dérogent à une règle ou à un principe de valeur constitutionnelle ; que cette dérogation peut être aussi bien expresse qu'implicite*[1818] ». Par conséquent, le Conseil s'efforce toujours d'exercer ses compétences dans le strict respect des règles qui encadrent son activité[1819] et surtout, n'entend pas se placer en « *législateur constituant* ». Par exemple, si une révision constitutionnelle a été adoptée à la suite d'une décision du Conseil mais en sens contraire, le juge saisi à nouveau, ne peut que constater que la contrariété à la Constitution a été réglée par la révision. Dans une décision du 30 mai 2000 par exemple, le

---

[1816] *Ibid.* Cette position a été qualifiée par le Professeur Blachèr comme un « *Déni de justice constitutionnelle* ». Voir P. Blachèr, « Le Conseil constitutionnel en fait-il trop ? », *op. cit.*, p. 23 et suiv.

[1817] C. Constit, n°92-312 DC du 2 septembre 1992, *Traité sur l'Union européenne*, Rec., p. 76.

[1818] C. Constit, n°92-312 DC du 2 septembre 1992, *Traité sur l'Union européenne*. Dans le même sens, l'adoption de la loi du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République, est l'occasion pour le juge de rappeler qu'il ne tient d'aucune disposition constitutionnelle, « *le pouvoir de statuer sur une révision constitutionnelle*. » Voir C. Constit., n° 03-469 DC du 26 mars 2003, *Révision constitutionnelle*, JO du 29 mars 2003, p. 55.

[1819] Dans le cadre de son activité, le Conseil constitutionnel s'est toujours montré soucieux de respecter la volonté du pouvoir constituant et donc d'exercer ses compétences conformément aux règles qui les organisent. Ainsi, il rappelle à de nombreuses reprises que « *la compétence du Conseil constitutionnel est strictement délimitée par la Constitution*» ; que cette compétence « *n'est susceptible d'être précisée et complétée par voie de loi organique que dans le respect des principes posés par le texte constitutionnel* ». Cette compétence d'attribution apparaît encore quand le Conseil rappelle qu'il « *ne saurait être appelé à se prononcer dans d'autres cas que ceux qui sont expressément prévus par ces textes* » ou qu'il ne peut être saisi « *que dans les cas et suivant les modalités fixées par la Constitution* ». Voir C. Constit, n° 62-20 du 6 novembre 1962, *Loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct*, *op. cit.*; C. Constit., n° 2003-469 DC du 26 mars 2003, *Révision constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République*, *op. cit.*

Conseil constitutionnel relève que la révision du 9 juillet 1999 relative au principe de l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux, « *a pour objet et pour effet de lever les obstacles d'ordre constitutionnel relevé par le Conseil dans ses décisions du 18 novembre 1982 et du 14 janvier 1999*[1820] ».

On peut donc considérer, éclairé de ces deux exemples et en comparaison avec l'attitude des juridictions étrangères, que le Conseil a en matière constitutionnelle un droit de l'« *avant dernier mot* ».

C'est par une décision du 15 janvier 1975[1821] que le Conseil constitutionnel est amené à se prononcer sur la loi relative à l'interruption volontaire de grossesse[1822].
Saisi par soixante députés de la question[1823] de savoir si la loi sur l'IVG méconnaît « *les principes réaffirmés par le Préambule de la Constitution*[1824] », le Conseil constitutionnel est invité à effectuer un recensement des dispositions concernées par la législation sur l'avortement au sein du Préambule et du corps même de la Constitution. Une telle recherche, comme pour les décisions rendues par la Cour Suprême américaine et la Cour fédérale allemande, suppose d'identifier les droits de la mère qui souhaite mettre un terme à une grossesse et ceux de l'enfant à naître[1825].

Sur le premier point, le Conseil constitutionnel considère, et cette disposition constitutionnelle n'a pas été invoquée dans la saisine, que la loi doit tenir compte du « *principe de liberté posé à l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*[1826] ». Ainsi, sans préciser le sens de son raisonnement, le juge admet que de la disposition selon laquelle « *Le but de*

[1820] Voir D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, 8e éd., Paris, Montchrestien, 2008, 544 p.
[1821] Plus tard, le Conseil constitutionnel se prononce, à nouveau, sur une loi chargée de règlementer l'avortement mais elle n'apparaît pas dans le propos, afin de s'en tenir aux trois décisions adoptées par les trois juridictions au cours de la même année. Voir, néanmoins sur la seconde décision, C. Constit., n° 2001-446 DC du 27 juin 2001, Rec., p. 74.
[1822] C. Constit, n° 74-54 du 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse*, Rec., p. 19.
[1823] Les saisissants invoquent, également, une violation de la Convention européenne des droits de l'homme mais la question du contrôle de conventionalité n'intéresse pas, présentement, le propos.
[1824] Voir la saisine par soixante députés sur le site du Conseil constitutionnel http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/
Un deuxième moyen est soulevé à cette occasion, celui d'une contrariété entre la loi et l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Pour autant, seul le rapport de la loi à la Constitution est abordé ici.
[1825] Cette tentative de conciliation apparaît le plus souvent dans les lois, chargées de réglementer l'avortement. En l'espèce, après avoir affirmé le droit à la vie dès la conception, la loi soumise à l'examen du Conseil, prévoit la possibilité d'avorter sous conditions. Voir L. Hamon, note sur C. Constit, n° 74-54 du 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse*, *D*. 1975, Jur., p. 529.
[1826] C. Constit, n° 74-54 du 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse*, *op. cit.*

toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression[1827] », il est possible d'en déduire un droit à l'avortement ou à la pratique de l'avortement[1828]. Plus précisément, et pour reprendre les termes employés par le Conseil constitutionnel, « *la liberté* » consacrée par la Déclaration intègre « *la liberté des personnes appelées à recourir ou à participer à une interruption de grossesse*[1829] ».

Sur le second aspect - les droits de l'enfant à naître -, le Conseil constitutionnel utilise certaines dispositions du Préambule de la Constitution de 1946[1830]. Il s'agit essentiellement du premier paragraphe du Préambule[1831] prévoyant que « *le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés*[1832] ». Sur la base de cet article, le Conseil constitutionnel rappelle dans le corps de la décision, qu'il ne doit pas être « *porté atteinte au principe du respect de tout être humain dès le commencement de la vie*[1833] ».

Par ailleurs, le Conseil constitutionnel mobilise également, cette fois de façon plus explicite, les termes du Préambule[1834] pour y extraire le principe selon lequel la Nation « *garantit à tous, notamment à l'enfant, (...) la protection de la santé*[1835] ».
Ainsi, la déduction de principes constitutionnels applicables à la loi sur l'avortement (la liberté de recourir ou participer à un avortement, le respect de l'être humain dès le commencement de la vie et la protection de la santé de l'enfant) sur la base du droit écrit n'est pas véritablement explicitée par le Conseil constitutionnel. Soucieux de vérifier dans

---

[1827] http://mjp.univ-perp.fr/france/ddh1789.htm
[1828] Sur ce point, les Professeurs Favoreu et Philip montrent qu'au contraire le Conseil constitutionnel déduit de la Déclaration des droits, la liberté de ne pas avorter. Voir L. Favoreu, L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 14e éd., Paris, Dalloz, 2005, p. 326.
[1829] C. Constit, n° 74-54 du 15 janvier 1975, *op. cit.*
[1830] Voir sur ce point, L. Hamon, note sur C. Constit, n° 74-54 du 15 janvier 1975, *op. cit.*, p. 530.
[1831] L. Favoreu, L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 14e éd., Paris, Dalloz, 2007, p. 327.
[1832] http://mjp.univ-perp.fr/france/co1946-0.htm#pr
[1833] C. Constit, n° 74-54 du 15 janvier 1975, *op. cit.*
[1834] Le Préambule de la Constitution de 1946 prévoit que la Nation « *garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence* ». Voir le texte du Préambule, disponible sur le site de l'Université de Perpignan, à l'adresse suivante : http://mjp.univ-perp.fr/france/co1946-0.htm#pr
[1835] Voir C. Constit, n° 74-54 du 15 janvier 1975, *op. cit.* Sur ce point, la doctrine a eu l'occasion de montrer que si la notion juridique « *d'enfant* » concerne l'existence pré et postnatale dans le premier projet de Constitution en 1946, le texte finalement entré en vigueur, retient une définition plus stricte, c'est-à-dire simplement celle de l'enfant d'ores et déjà né. Voir L. Favoreu , L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, *op.cit.*, p. 312.

l'ensemble des articles de la Constitution ainsi que dans l'ensemble des dispositions du Préambule de la Constitution de 1946, quelles pourraient être les règles de nature constitutionnelles qui pourraient être méconnues par la loi sur la réglementation de l'avortement, c'est véritablement un strict contrôle de compatibilité qui est effectué par le juge, contrôle dicté par l'objet particulier de la loi soumise à son examen.

Finalement dans le fond, le raisonnement suivi par le Conseil constitutionnel est très proche de celui de la Cour Suprême ou de la Cour constitutionnelle fédérale. Notamment, les garanties constitutionnelles nécessaires à l'encadrement de l'avortement sont les mêmes. Pour autant dans la forme, les différences sont sensibles et le juge français est beaucoup plus bref et lapidaire que ses homologues allemands et américains à propos d'un objet similaire.
A cet égard, il est un aspect qui mérite d'être mis en lumière en dernière analyse, celui de « *l'ancienneté*» au sein de l'ordre constitutionnel en vigueur. Précisément, au-delà des arguments plus largement développés dans la présente section, si les trois institutions se prononcent au même moment sur des questions similaires, elles n'ont pas une « *durée de vie constitutionnelle* » identique. Exerçant respectivement un contrôle de constitutionnalité des lois depuis 1803 et 1949, la Cour Suprême et la Cour fédérale ont pu justifier beaucoup plus profondément leurs contributions à la protection des droits et libertés. A l'inverse, crée en 1958 et appelé à se prononcer sur la loi relative à l'interruption volontaire de grossesse en 1975, le Conseil constitutionnel n'a admis que quatre ans auparavant[1836] que le contrôle de constitutionnalité d'une loi intègre les dispositions du Préambule de la Constitution[1837]. Dès lors, une interprétation audacieuse des dispositions du Préambule aurait sans aucun doute été dénoncée. Au fond, cette décision, comme bon nombre de décisions du Conseil constitutionnel d'ailleurs, est peut être la conséquence d'un enracinement encore précaire du contrôle de constitutionnalité dans le paysage institutionnel. Comme le souligne à cet égard Jean Rivero à propos de la décision de 1975, « ***écarter le spectre du gouvernement des juges : ce pourrait bien être l'explication dernière de la décision du 15 janvier, et de la prudence qui la caractérise***[1838] ».

[1836] C. Constit., n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, *Liberté d'association*, Rec., p. 29.
[1837] Voir sur ce point, J. Rivero, note sur C.Constit, n° 74-54 du 15 janvier 1975, *AJDA*, 1975, p. 138 : « *Comment blâmer dans son principe cette volonté de prudence ? L'insertion dans le milieu juridique français du contrôle de constitutionnalité de la loi, couronnement logique et déjà traditionnel de l'Etat de droit dans nombre de pays libres, constitue un progrès trop récent pour n'être pas fragile encore. On conçoit que le corps qui a la responsabilité de l'enraciner dans la vie nationale ait estimé opportun, en prévenant tout soupçon d'impérialisme des juges, de le protéger contre des réactions hostiles* ».
[1838] *Ibid.*, p. 137.

Appliqués cette fois à la loi évaluée, certains de ces arguments sont transposables et confortent les contraintes qui pèsent sur l'activité du Conseil constitutionnel et qui ont des conséquences sur le fond et la forme de ses décisions.

Section 2/ Le rapport à l'acte contrôlé et le juge constitutionnel : les raisons procédurales et contentieuses de l'empirisme du juge constitutionnel

Si le rôle du Conseil constitutionnel a sensiblement évolué depuis sa création en 1958[1839], ses règles d'organisation et de fonctionnement demeurent pour l'essentiel inchangées[1840]. Plus précisément, alors même que le Conseil n'est plus simplement le gardien de la répartition des compétences entre les pouvoirs publics, il continue d'agir par l'intermédiaire de règles imaginées pour cette seule tâche[1841]. De fait, la réglementation de la procédure devant le Conseil constitutionnel se caractérise par un formalisme minimum[1842] et peut être considérée comme lacunaire. Dès lors, les moyens procéduraux à disposition du Conseil constitutionnel pour exercer le contrôle de constitutionnalité sont encore, particulièrement avant la récente réforme du contentieux constitutionnel français, très éloignés de ceux d'une juridiction à part

---

[1839] Ce rôle s'est développé sous l'effet de la décision du 16 juillet 1971 étendant le contrôle des lois aux dispositions du préambule (C. Constit., n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, Rec., p. 29), de la réforme du 21 octobre 1974 qui élargit le droit de saisine et de la récente révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 qui introduit un contrôle *a posteriori* des lois et la possibilité, sous conditions, pour les citoyens d'invoquer une violation de la Constitution.

[1840] Voir la Constitution, spécialement les articles 56 à 63 et l'Ordonnance du 7 novembre 1958, portant loi organique sur le Conseil constitutionnel. L'ensemble des textes applicables au Conseil, est disponible sur le site, à l'entrée « *Conseil constitutionnel* ». S'agissant des règles relatives à la question prioritaire de constitutionnalité, la version consolidée de l'Ordonnance du 7 novembre 1958, portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, est également disponible sur le site du Conseil constitutionnel.
http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/le-conseil-constitutionnel/le-conseil-aujourd-hui/les-fondements-textuels/les-textes.16270.html#texte1

[1841] A ce titre, le Professeur Rousseau considère que « *L'organisation du Conseil est parfaitement révélatrice du rôle limité que les constituants de 1958 pensaient lui avoir attribué et lui voir jouer dans l'avenir de la vie constitutionnelle : son administration repose sur quelques personnes seulement et le travail juridictionnel n'est soumis qu'à quelques règles rudimentaires. Dans les deux cas, des améliorations sensibles doivent être apportées pour tenir compte de la place et de la fonction centrale aujourd'hui occupées par le Conseil* ». Voir D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, 8e éd., Paris, Montchrestien, coll. Domat Droit Public, 2008, p. 8 ; voir également sur ce point, la préface de Georges Vedel. Il regrette « *que l'auteur ne nous ait pas dit ce qui est, au moins à mes yeux, un des caractères les plus surprenants de l'institution qu'il étudie, à savoir que sa part d'irrationalité, sa rusticité, son empirisme ont été quelques unes des causes, et non les moindres, de sa réussite* ». Il ajoute : « *pour un pur cartésien le Conseil constitutionnel est un être bizarre : il devrait être au-dessus de la mêlée et ses membres sont désignés par les grands acteurs du combat politique ; ils n'élisent même pas leur président ; on n'exige de ces juges aucune garantie de compétence juridique ; leurs travaux ne sont éclairés par aucune instruction contradictoire ; leurs décisions doivent intervenir dans des délais étrangement brefs ; prises à la majorité et dans le secret, elles étouffent la minorité qui n'y souscrit pas et qui ne peut ni s'exprimer ni se révéler ; et puis comment travailler sans ces escouades de référendaires ou d'assistants qui font les maisons sérieuses ?* ». *Ibid.*, p. 8.

[1842] Voir sur ce point, P. Jan, *La saisine du Conseil constitutionnel*, th., Paris, LGDJ, 1999, 716 p.

entière (§1). En pratique, le Conseil constitutionnel est le plus souvent tenu de se prononcer dans un délai court et ne bénéficie pas des techniques procédurales lui permettant d'exercer complètement son office (§2).

Il faut encore préciser que, dans le cadre de la présente section, l'analyse et l'ensemble des conclusions induites ne valent que pour les seules règles de procédures prévues dans le cadre du contrôle de constitutionnalité effectué par le Conseil constitutionnel de façon *a priori* et abstraite[1843] et ne prennent pas en compte la récente réforme du contentieux constitutionnel introduisant la question prioritaire de constitutionnalité, largement abordée par ailleurs[1844].

§1/ Les règles de fonctionnement de la justice constitutionnelle en lien avec sa place sur l'échiquier institutionnel

Le rapprochement de la procédure devant le Conseil constitutionnel avec les procédures devant les juridictions nationales ou étrangères montre de façon patente, les difficultés matérielles susceptibles de conduire le Conseil à privilégier un strict contrôle de compatibilité entre la Constitution et l'acte soumis à son examen. Notamment plus que le Conseil constitutionnel et toujours sur la base de l'exemple de la loi sur l'IVG, la Cour constitutionnelle fédérale allemande comme la Cour Suprême américaine, compte tenu de leurs positions au sommet de l'organisation judiciaire[1845], peuvent guider le législateur pour qu'il agisse en conformité avec la Constitution. Chargée de répondre à des moyens circonstanciés dans le cadre d'un contrôle concret, les juges allemand et américain s'efforcent alors de développer largement les arguments de compatibilité entre la Constitution et l'acte qui lui est hiérarchiquement inférieur (A).

En droit interne ensuite, s'agissant par exemple de l'application du droit communautaire, le Conseil d'Etat a la possibilité d'exercer un recours préjudiciel devant la Cour de justice des communautés européennes et dispose alors des moyens nécessaires pour exercer complètement son office quand est soulevée la question de la constitutionnalité d'un acte règlementaire transposant une directive. Par comparaison, le Conseil constitutionnel en la

[1843] Techniquement, l'essentiel de la jurisprudence du Conseil constitutionnel repose sur les règles de procédure classiques et, surtout, l'analyse entend ne pas se contenter du contentieux des droits fondamentaux, objet de la réforme de 2008. Par ailleurs, dès lors que le recours à la comparaison avec la jurisprudence d'autres juridictions est utilisé, il s'agit, bien entendu, de raisonner sur des périodes identiques.

[1844] Voir *Infra*, titre 2.

[1845] Cette position suppose que le juge suprême contribue à l'harmonisation du droit en vigueur.

matière, doit décider, de façon abstraite, si une loi de transposition d'une directive communautaire est susceptible de contrevenir à la Constitution (B).

A/ L'influence du contrôle « a priori » ou du contrôle « a posteriori » sur l'étendue de l'appréciation de la constitutionnalité d'une loi

Le moment où le juge exerce son contrôle a des conséquences sur l'intensité de l'évaluation de la constitutionnalité d'un acte. Alors que le contrôle concret et *a posteriori* correspond à un contrôle de légalité classique (1), le contrôle *a priori* et abstrait peut plus facilement être considéré comme un contrôle d'opportunité. De fait, si d'aventure le juge va trop loin dans l'appréciation de la conformité d'une loi non promulguée à la Constitution, il court le risque d'être considéré comme exerçant un « *gouvernement des juges*[1846] ». Pour cette raison, la procédure du contrôle *a priori* de la loi en France, invite par principe le juge constitutionnel à la prudence (2).

1/ Des décisions sous forme de guide constitutionnel à destination du législateur dans le cadre du contrôle des lois d'ores et déjà en vigueur

Les décisions relatives à la loi sur l'avortement rendues par la Cour constitutionnelle allemande, la Cour Suprême des Etats-Unis et le Conseil constitutionnel français apportent de nouveau des éclaircissements pertinents, mais cette fois il s'agit de concentrer l'analyse autour de l'appréciation de la loi soumise à leurs examens[1847]. Une telle analyse permet alors d'induire la manière avec laquelle les Cours étrangères guident le législateur pour qu'il s'inscrive dans le respect du droit en vigueur et *a contrario*, la timidité manifestée par le Conseil constitutionnel à l'égard d'un acte qui ressort de la compétence du Parlement.

[1846] Cette critique est particulièrement vraie s'agissant de la Cour Suprême, alors même que c'est un contrôle *a posteriori* qui est exercé. Voir sur ce point, E. Lambert, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis : l'expérience américaine du contrôle judiciaire de constitutionnalité des lois* (1921), Paris, Dalloz, 2005, 276 p. ; P. Vialle, *La Cour Suprême et la représentation politique aux Etats-Unis. Nouvel essai sur le gouvernement des juges*, th., Paris, LGDJ, 1972, 245 p.
[1847] Voir, par ailleurs, *Supra*, section 1.

D'une façon générale, la décision de la Cour constitutionnelle fédérale du 25 février 1975[1848] contient tous les éléments à prendre en compte pour qu'une loi relative à l'interruption volontaire de grossesse soit conforme aux dispositions de nature constitutionnelle. Davantage, elle a tendance à prendre des allures de véritable mode d'emploi à destination certes de la loi particulière règlementant l'IVG, mais également à destination de l'Etat chargé de règlementer la vie sociale dans son ensemble. Sur ce dernier point, le juge allemand considère, de façon exhaustive, que « *L'Etat législateur doit partir du principe qu'il y a obligation pour la femme de supporter sa grossesse, et par conséquent, de considérer son interruption comme étant en principe un délit. Cette réprobation doit s'exprimer clairement dans les lois. Il faut éviter de donner la fausse impression que cet acte constituerait le même évènement social que par exemple, le fait d'aller consulter un médecin pour faire soigner une maladie, ou même une alternative sans conséquence juridique à la prévention de la conception. L'Etat n'a pas non plus le droit de se soustraire à sa responsabilité en reconnaissant une « sphère sans règle de droit », du fait qu'il s'abstiendrait de toute appréciation de valeur, abandonnant cette appréciation à la décision, sous la seule responsabilité, de l'individu. C'est en premier lieu au législateur qu'il appartient de décider comment l'Etat remplira son obligation de protéger effectivement la vie dès le début de son développement, c'est-à-dire de déterminer les mesures protectrices qu'il estime adéquates au but et nécessaires. Pour ce faire, il devra faire passer les mesures préventives avant la répression. L'Etat aura donc pour mission de faire jouer les moyens de politique sociale et d'assistance, sur lesquels on ne pourra également pas porter de jugement d'ordre constitutionnel*[1849] ». Ce passage atteste très précisément que la Cour constitutionnelle fédérale entend dépasser le cas d'espèce sur la base duquel elle est saisie, pour fixer le cadre général de légalité d'une loi chargée de règlementer l'avortement.

Par ailleurs, la Cour tient à rappeler que la réglementation sur l'IVG a un objet qui relève du domaine pénal dans la mesure où l'acte de mettre fin à une grossesse est quoi qu'il en soit un acte illégal[1850]. C'est ainsi dans l'aménagement de ce délit et les exonérations de peine prévues pour des motifs précis, que l'avortement peut être réglementé. Notamment, la Cour identifie elle-même des cas justifiant une telle exonération comme par exemple, « *ceux*

[1848] Cour constitutionnelle fédérale, décision du 25 février 1975, vol. 39, p. 1, reproduite *in* L. Favoreu (Dir.), *La justice constitutionnelle, Belgique–Espagne-Italie–Allemagne*, La documentation Française, documents d'études, n° 1.16, 1998, p. 52 et suiv.
[1849] *Ibid.*
[1850] *Ibid.*, p. 54. Ainsi elle considère que l'avortement « *demeure une infraction qui appelle une peine car sinon on reconnaît à un tiers la liberté de décider de l'anéantissement d'un bien juridique du rang le plus élevé sans la justification d'une situation de détresse* ».

d'ordre eugénique (...), *moral, criminologique et social*[1851] ». Sur ce point, le juge allemand invite le législateur à déterminer les cas d'admission de l'avortement, au travers d'une évaluation de l'intérêt que peut avoir une femme à avorter et en s'assurant que cet intérêt justifie d'admettre des exceptions au droit à la vie[1852].

Aux Etats-Unis, la Cour Suprême s'efforce, avant de rentrer dans l'examen au fond de la constitutionnalité de la loi, de dresser l'histoire de l'avortement et de sa réglementation[1853]. Matériellement, c'est une sorte d'analyse systématique organisée en huit rubriques qui est présentée dans le cœur même de la décision. Sont ainsi présentés par le juge Blackmun, l'avortement durant l'Antiquité, au sein la *Common law*, du droit anglais et américain ainsi que les positions d'associations de médecins, l'association de la santé publique et le point de vue enfin, de certains avocats. Dans ce cadre également, la Cour estime utile de rappeler quelles sont les principales raisons qui ont justifié la réglementation, née au XIXe siècle et toujours en vigueur, qui fait de l'avortement un crime au sens du droit pénal[1854].
Par la suite et dans le fond, la Cour Suprême reconnaît que le droit à la vie privée permet l'avortement mais que ce dernier n'est pas un droit absolu. En d'autres termes, à partir d'un certain seuil l'Etat à intérêt à protéger, et ce sont les termes du juge, « *la santé publique, la déontologie médicale et la vie prénatale*[1855] ».
Il s'agit alors d'évaluer la balance d'intérêt que le législateur est tenu d'entreprendre entre la liberté de la mère et la protection de l'enfant à naître. Pour ce dernier, sans pour autant souscrire à une thèse particulière[1856], la Cour évoque la délicate question du commencement

---

[1851] *Ibid*
[1852] *Ibid* : « *Dans tous ces cas, le point de vue décisif est qu'un autre intérêt également digne de protection, se fait valoir de façon si pressante que le droit étatique ne peut pas demander à la femme enceinte de reconnaître inconditionnellement un droit prioritaire au droit de l'être conçu* ».
[1853] Voir Arrêt de la Cour suprême *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), *in* E. Zoller (Dir.), *Grands arrêts de la Cour suprême*, Paris, PUF, 2000, p. 745 : « *avant de répondre à ce moyen, nous estimons souhaitable de récapituler brièvement, sous plusieurs de ses aspects, l'histoire de l'avortement, de manière à tirer les enseignements que cette histoire peut nous fournir, pour ensuite examiner les objectifs et les intérêts qui se tiennent derrière les lois qui criminalisent l'avortement* ».
[1854] *Ibid.*, p. 430-431 : « *Trois raisons ont été avancées pour expliquer historiquement l'édiction au XIXe siècle de lois criminalisant l'avortement et pour justifier leur maintien en vigueur. On a pu dire que ces lois étaient le produit de la morale victorienne, soucieuse de décourager les pratiques sexuelles illicites* (…)
Une seconde raison est pour partie liée avec l'avortement considéré en tant qu'acte médical. Quand les premières lois contre l'avortement furent adoptées, la procédure était dangereuse pour les femmes (…)
La troisième raison concerne l'intérêt – d'aucuns disent le devoir – de l'Etat de protéger la vie prénatale. Cette raison trouve en partie sa justification dans la théorie selon laquelle la vie est présente dès la conception (…)
C'est avec ces intérêts, et tout le poids qu'il faut leur attacher, que la présente affaire a à voir ».
[1855] *Ibid*., p. 432. La Cour évoque la notion « *d'intérêts impérieux de l'Etat* ».
[1856] Arrêt de la Cour suprême *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), *Ibid*., p. 432 : « *quand les savants de disciplines aussi différentes que la médecine, la philosophie, et la théologie sont incapables d'arriver à un consensus, ce n'est pas au juge, à ce point de l'évolution du savoir de l'homme, de spéculer sur ce que peut être*

de la vie. Il s'ensuit un « *recensement juridictionnel* » des différents courants religieux, philosophiques, scientifiques ou juridiques qui se sont prononcés sur le commencement de la vie : ceux pour qui la vie ne commence pas avant la naissance (les Stoïques, la foi juive, une bonne partie de la communauté protestante) et ceux qui ont défini la vie conformément aux différents stades de la grossesse (la *Common Law* au moment du remuement du fœtus, les médecins quand le fœtus devient viable). Elle ajoute sur ce point de façon assez remarquable, que « ***la théorie aristotélicienne de la vie prouvée par le mouvement qui régna tout au long du Moyen Age et de la Renaissance en Europe, continua d'être le dogme officiel de l'Eglise catholique jusqu'au XIXe siècle, en dépit de l'opposition à la théorie de la vie acquise par l'être, qui fut menée par ceux qui, dans l'Eglise, préféraient reconnaître la vie comme inhérente à l'être dès la conception***[1857] ». S'agissant enfin, de la science juridique, la législation des Etats fédérés montre que l'enfant non né ne peut être considéré comme doué de droits semblables à toute personne juridique[1858].

En conséquence, dans la protection de l'enfant à naître, la Cour qualifie cette protection de sauvegarde de la « *potentialité humaine*[1859] », la synthèse de considérations historiques, philosophiques ou techniques permettent à la Cour, de déterminer avec précision à partir de quand, d'un point de vue chronologique, l'Etat peut intervenir légitimement pour défendre l'un ou l'autre des intérêts.

Concernant la mère, ce moment est évalué aux environs du premier trimestre, date qui permet d'attester qu'à ce stade, le taux de mortalité au cours d'un avortement devient plus élevé[1860]. A partir de ce moment, la réglementation sur l'avortement devient possible et la Cour Suprême prend soin de donner quelques exemples susceptibles d'être pris en compte : « *les titres de qualification professionnelle requis de la personne qui pratiquera des avortements ; les exigences concernant une accréditation professionnelle de cette personne ; les conditions*

---

la réponse. Il suffira de rappeler brièvement les profondes divergences de pensée sur cette question fort sensible et bien difficile ».

[1857] *Ibid*., p. 435.

[1858] C'est davantage dans l'intérêt des parents qu'un certain nombre de mesures, prises en compte par la Cour, permettent d'indemniser une grossesse qui n'arrive pas à terme. *Ibid.* : « *Au cours des développements récents que la doctrine a généralement critiqués, certains Etats ont permis aux parents d'un enfant mort-né de former une action pour homicide du chef de dommages prénatals. Une telle action est, toutefois, de celle qui défend l'intérêt des parents et, ce faisant, épouse la théorie qui veut qu'un fœtus ne représente au mieux que la potentialité d'une vie* ».

[1859] *Ibid*., p. 436.

[1860] *Ibid*.

relatives aux locaux dans lesquels les avortements pourront être pratiqués[1861] ». A l'inverse, avant le premier trimestre, un praticien peut décider avec sa patiente sans que l'Etat puisse s'immiscer dans cet accord et dans les conditions de l'acte pratiqué, de l'opportunité d'un avortement.

Concernant l'enfant à naître ensuite, la légitimité d'une intervention de l'Etat est identifiée « *au stade de la viabilité*[1862] », compte tenu de motifs logiques (« *le fœtus a la capacité de mener une vie digne de ce nom* ») et biologiques (*« le fœtus peut vivre hors du ventre de sa mère* »). La réglementation de la vie fœtale à partir de ce stade, peut aller jusqu'à l'interdiction d'avorter.

Par conséquent, et pour synthétiser, ces deux décisions démontrent toute la liberté manifestée par le juge constitutionnel dans l'appréciation d'une loi règlementant l'avortement, au point que sous couvert d'un contrôle de légalité, c'est l'opportunité et la légitimité d'une réglementation sur l'avortement dans ces deux Etats, qui sont précisées.

2/ Prévenir toute forme d'appréciation de l'opportunité d'une loi non promulguée : les contraintes du contrôle a priori

En France, l'analyse de la décision du 15 janvier 1975[1863] relative à l'interruption volontaire de grossesse frappe par son laconisme[1864]. Néanmoins et de façon contradictoire, l'accès aux

---

[1861] *Ibid*.
[1862] *Ibid*.
[1863] Voir *Supra*, section 1.
[1864] En l'espèce, le Conseil constitutionnel s'est contenté de considérer qu'en respectant la liberté de recourir ou de participer à un avortement et en aménageant le respect de la vie dès le commencement de la vie, le législateur s'est conformément à l'ensemble des prescriptions constitutionnelles en vigueur.
« *Considérant, en second lieu, que la loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse respecte la liberté des personnes appelées à recourir ou à participer à une interruption de grossesse, qu'il s'agisse d'une situation de détresse ou d'un motif thérapeutique ; que, dès lors, elle ne porte pas atteinte au principe de liberté posé à l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.*
Considérant que la loi déférée au Conseil constitutionnel n'admet qu'il soit porté atteinte au principe du respect de tout être humain dès le commencement de la vie, rappelé dans son article 1er, qu'en cas de nécessité et selon les conditions et limitations qu'elles définit.
Considérant qu'aucune des dérogations prévues par cette loi n'est, en l'état, contraire à l'un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ni ne méconnaît le principe énoncé dans le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, selon lequel la nation garantit à l'enfant la protection de la santé, non plus qu'aucune des autres dispositions ayant valeur constitutionnelle édictées par le même texte ».

délibérations qui ont précédé l'élaboration de cette décision[1865] illustre un aspect essentiel : tous les éléments développés dans le corps même des décisions américaine et allemande ont été discutés de la même façon en France, mais ils n'apparaissent pas en tant que tel, dans la décision du Conseil constitutionnel[1866]. En d'autres termes, si les enjeux sociaux, moraux, religieux, éthiques et juridiques qui sous-tendent l'entrée en vigueur d'une loi sur l'avortement, ont été au cœur du débat juridique en France[1867], le juge constitutionnel n'a pas jugé utile de mentionner ces aspects dans la rédaction de la décision[1868].

D'une façon générale, l'ensemble des membres du Conseil constitutionnel est convaincu de la nécessité de rendre dans la forme, une décision concise et courte. Cette conviction procède tout à la fois de la volonté du juge, de ne pas se comporter en législateur[1869] et comme une juridiction ordinaire[1870].

Sur le premier point, le rapporteur M. Goguel, invite le Conseil constitutionnel à la prudence, compte tenu de la récente réforme qui ouvre le droit de saisine à soixante députés ou sénateurs. Plus précisément, il interroge l'opportunité d'évaluer la loi sur l'interruption volontaire de grossesse à la lumière des principes fondamentaux des lois de la République et des dispositions du Code pénal qui qualifie l'avortement de délit. Opposé à la solution qui consisterait à déclarer la loi contraire à un tel principe, M. Goguel suggère, quel que soit l'objet de la saisine, de ne pas faire un usage inconsidéré des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Le risque serait alors, considère le rapporteur,

---

[1865] B. Mathieu, J-P. Machelon, F. Mélin-Soucramanien, D. Rousseau, X. Philippe (Dir.), *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel* (*1958-1983)*, Paris, Dalloz, 2009, p. 266 et suiv.

[1866] En particulier, le rapporteur, M. Goguel, entreprend le même travail d'analyse des dispositions constitutionnelles qui consacrent les termes « *individu* », « *enfant* » ou « *être humain* », afin de déterminer s'il est possible de considérer que le fœtus est également protégé d'un point de vue constitutionnel. *Ibid*., p.271-272. Sur la décision de la Cour Suprême, voir *Supra*, Section 1.

[1867] Sur l'analyse des travaux scientifiques relatifs à la détermination du moment où au cours de la grossesse, on peut réellement considérer que la femme porte un être humain. Voir le rapport introductif présenté par M. Goguel, *Ibid*., p. 271.

[1868] *Ibid* : « *Aucun des problèmes qui ont été soumis au Conseil constitutionnel depuis que j'en fais partie ne m'a paru aussi complexe et difficile que celui de la loi sur l'interruption volontaire de grossesse, parce qu'aucun ne comportait de données aussi diverses, d'ordre moral, d'ordre métaphysique, d'ordre social autant que d'ordre proprement juridique* ».

[1869] Comme le remarque Léo Hamon, pour illustrer cet aspect, « *émue par la catastrophe morale et juridique de l'époque hitlérienne, l'Allemagne craint moins le gouvernement des juges que le retour de tels égarements. Si le législateur désavoué par le tribunal de Karlsruhe peut lui reprocher un excès de pouvoir, l'opinion préfère ce risque au précédent. En France, au contraire, la tradition jacobine, les dogmes de la souveraineté populaire ou parlementaire, contiennent le pouvoir d'appréciation du juge constitutionnel dans des limites strictes* ». Voir L. Hamon, note sur C.Constit, n° 74- 54 du 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse*, *D*. 1975, Jur., p. 532.

[1870] C'est-à-dire, d'une façon générale, de s'en tenir à ses compétences d'attribution.

d'empêcher l'entrée en vigueur de nombreuses lois soumises dorénavant de façon beaucoup plus systématique, à l'appréciation du Conseil constitutionnel[1871].

Par ailleurs dans la forme, il est souligné qu'une décision courte permet de protéger le Conseil d'éventuelles critiques, susceptibles de dénoncer une participation du juge à la légalisation de l'avortement en France. La décision sur l'IVG en d'autres termes, ne doit à aucun moment apparaître partisane. Sur ce point par exemple, M. Brouillet considère qu'« ***il faut se garder d'un libellé qui irait au-devant des interprétations laxistes. Tout ce qui sera dit sur la constitutionnalité risque d'aboutir à valoriser la loi. Il faut donc réduire au maximum le nombre de considérants***[1872] ».

En pratique, cela signifie que tous les arguments d'évaluation de la constitutionnalité de la loi, témoignant d'une appréciation normative de l'avortement ou d'une participation au débat sur l'avortement, sont écartés par le Conseil, même s'ils sont discutés en délibération. Notamment, dès le rapport initial, M. Goguel entend souligner que s'il ne s'agit pas de faire totalement abstraction des aspects d'ordre moraux, sociaux ou religieux impliqués par la question de l'avortement, il faut que le Conseil constitutionnel demeure essentiellement préoccupé par des questions juridiques et surtout, par un strict contrôle de compatibilité entre deux normes.

De façon appliquée, le premier considérant de la décision qui permet au Conseil constitutionnel de rappeler « *que l'article 61 de la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement, mais lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déférées à son examen*[1873] », vise très précisément à montrer que le juge ne souhaite pas substituer son appréciation à celle du législateur et entend se conformer aux compétences d'attribution que la Constitution lui confère[1874]. D'ailleurs, le contexte politique singulier au moment de l'adoption de cette loi, conforte ce rappel dans la mesure où une partie

---

[1871] *Ibid.*, p. 270 : « *Il faut d'ailleurs souligner que la référence à ces principes doit certainement être utilisée avec réserve et seulement dans les cas où il apparaît avec évidence au Conseil constitutionnel qu'il s'agit de principes consubstantiels à la philosophie politique et sociale de la République. A procéder autrement, on risquerait de bloquer complètement toutes les modifications législatives rendues nécessaires, selon l'appréciation des chambres du Parlement dont c'est le rôle essentiel, par l'évolution sociale. Le récent élargissement des conditions dans lesquelles le Conseil constitutionnel peut être saisi lui commande à mon sens en ce domaine une extrême prudence* ».

[1872] *Ibid.*, p. 282.

[1873] C.Constit, n° 74-54 du 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse*, Rec., p. 19.

[1874] « *Il semble en effet très utile de préciser dès le début de la décision que les responsabilités du Conseil constitutionnel ne se confondent pas avec celles du législateur.* » Voir *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel, op. cit.*, p.274.

de la majorité espère au moment de la saisine du Conseil, qu'il tranche un conflit plus politique que juridique. Peut être est-ce l'une des raisons qui ont conduit le Conseil constitutionnel à rappeler de façon solennelle que son rôle n'est pas politique et la concision de sa décision permet d'éviter l'argument de « *gouvernement des juges*[1875] ».

Par extension, il apparaît que les membres du Conseil constitutionnel ont assez largement pris en compte les conséquences pratiques d'une déclaration de non-conformité de la loi à la Constitution et ont conscience que le législateur en amont, s'est efforcé de faire face à une nécessité sociale de premier plan. Par exemple, M. Chatenet invite clairement le juge à se placer « *sur le plan pragmatique*[1876] », c'est-à-dire qu'« *il ne lui parait pas indécent de dire que le Conseil peut faire entrer en ligne de compte le trouble profond que représenterait une déclaration de non- conformité qui, à coup sûr, ferait rebondir le débat*[1877] ».

Enfin, c'est la position du Conseil sur l'échiquier institutionnel qui justifie la concision. Précisément, le Conseil constitutionnel n'est pas une juridiction. Il n'est alors pas chargé de répondre à des moyens développés par des parties et doit se contenter d'un examen de compatibilité entre deux normes. L'intervention de M. Chatenet résume très bien cet aspect : « ***Le Conseil doit certes faire un examen complet du texte qui lui est soumis mais sa décision n'est que le résultat de cet examen. Le Conseil n'est pas une institution judiciaire et n'a donc pas à répondre à des moyens, il examine la conformité d'un acte politique : la loi à un texte politique : la Constitution. Il doit donc se rapprocher le plus possible de l'imperatoria brevitas***[1878] ».

Le constat d'une insuffisance des moyens à disposition du Conseil constitutionnel pour exercer pleinement son office, peut encore être éclairé d'une comparaison avec le Conseil

---

[1875] Voir la note de Jean Rivero sur ce point : *AJDA*, 1975, p. 137 : « *Dès lors que le contrôle de constitutionnalité est acquis, dès lors que la possibilité de le faire jouer apparaît beaucoup plus fréquente, le retour à la prudence initiale s'explique : car « le gouvernement des juges », c'est- à- dire la substitution à la volonté du Parlement de la volonté d'un groupe irresponsable coulant ses options propres dans le cadre élastique des formules constitutionnelles cesse d'être un mythe pour devenir une possibilité* ». Voir par ailleurs, p. 138 : « *Comment blâmer dans son principe cette volonté de prudence ? L'insertion dans le milieu juridique français du contrôle de constitutionnalité de la loi, couronnement logique et déjà traditionnel de l'Etat de droit dans nombre de pays libres, constitue un progrès trop récent pour n'être pas fragile encore. On conçoit que le corps qui a la responsabilité de l'enraciner dans la vie nationale ait estimé opportun, en prévenant tout soupçon d'impérialisme des juges, de la protéger contre des réactions hostiles* ».

[1876] *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel, op.cit.*, p.279.

[1877] *Ibid*.

[1878] *Ibid*., p.282.

d'Etat français, notamment dans le cadre de l'appréciation de la conformité à la Constitution, d'un acte de transposition d'une directive communautaire.

B/ Les moyens mis en œuvre dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des actes de transposition en droit interne des directives communautaires

Invité à se prononcer en 2007 sur la constitutionnalité d'un acte règlementaire de transposition d'une directive[1879], le Conseil d'Etat dispose de la jurisprudence antérieure du Conseil constitutionnel afin de guider sa position. En effet, on connaît la démarche du juge constitutionnel sur ce point, depuis la décision du 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*[1880].

Par cette décision, le Conseil constitutionnel se déclare incompétent pour contrôler la constitutionnalité de la loi de transposition qui se borne à tirer les conséquences nécessaires d'une directive communautaire, conformément à l'article 88-1 de la Constitution, sauf si celle-ci méconnaît une « *disposition expresse de la Constitution* ». Modifiant l'étendue de son contrôle, le Conseil constitutionnel considère par la suite dans une décision de 2006[1881], que l'obligation de veiller au respect de l'obligation de transposition d'une directive communautaire est évaluée en deux temps.

D'abord, invité à se prononcer avant la promulgation de la loi et dans un délai d'un mois, il ne lui appartient de déclarer une loi incompatible à la directive qu'elle est chargée de mettre en œuvre, qu'en cas de contrariété manifeste. Un contrôle plus approfondi échappe au Conseil constitutionnel dans la mesure où il n'a pas la possibilité de saisir la Cour de justice des Communautés européennes d'une question préjudicielle. Un tel recours peut le cas échéant être exercé par les juridictions suprêmes nationales[1882].

[1879] Dans la mesure où aucune loi ne fait écran entre l'acte administratif et la Constitution. Voir CE, Ass., 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, *RFDA*, 2007, p. 385, concl. Guyomar.

[1880] C. Constit., n°2004-496 DC du 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, Rec., p. 101.

[1881] C. Constit., n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, Rec., p. 88.

[1882] *Ibid.* : « *Considérant, en second lieu, que, devant statuer avant la promulgation de la loi dans le délai prévu par l'article 61 de la Constitution, le Conseil constitutionnel ne peut saisir la Cour de justice des Communautés européennes de la question préjudicielle prévue par l'article 234 du traité instituant la Communauté européenne ; qu'il ne saurait en conséquence déclarer non conforme à l'article 88-1 de la Constitution qu'une disposition législative manifestement incompatible avec la directive qu'elle a pour objet de transposer ; qu'en tout état de cause, il revient aux autorités juridictionnelles nationales, le cas échéant, de saisir la Cour de justice des Communautés européennes à titre préjudiciel* ».

Pour autant, et il s'agit du deuxième temps du contrôle effectué par le Conseil, la loi de transposition ne doit pas contrevenir à une « *règle ou un principe inhérent à l'identité constitutionnelle française*[1883] ».

C'est donc à partir de ces précisions sur les rapports entre le droit constitutionnel et le droit communautaire, que le Conseil d'Etat doit se prononcer sur la constitutionnalité d'un acte règlementaire de transposition d'une directive communautaire[1884].

D'une façon générale au-delà du fond du droit, M. Guyomar, Rapporteur public, insiste sur la nécessaire harmonisation de la jurisprudence nationale à propos de l'intégration du droit communautaire ne droit interne[1885]. Il s'agit d'éviter, aux dires de M. Guyomar, « *la guerre des juges*[1886] » et de tenir compte de la position antérieure du juge constitutionnel.
Plus particulièrement ensuite, c'est l'objet de la requête devant le juge administratif qui suggère de s'inspirer de la jurisprudence constitutionnelle. Précisément, le Conseil d'Etat est confronté en l'espèce, à la résolution d'une question juridique identique à celle du Conseil constitutionnel : quelle est l'étendue des compétences du juge à l'occasion du contrôle de constitutionnalité d'un acte juridique qui transpose une directive dans l'ordre interne ?
Pour ces raisons, M. Guyomar suggère de s'inspirer de la position du Conseil constitutionnel même s'il propose un correctif, lié aux positions respectives des deux juridictions dans l'ordre juridique interne[1887].

Dans un considérant de principe, le Conseil d'Etat relève, en se reposant sur les articles 88-1 et 55 de la Constitution, que les actes réglementaires de transposition qui se bornent à reproduire les termes de la directive, doivent pouvoir bénéficier de modalités particulières de contrôle de leur constitutionnalité[1888]. Ainsi, saisi d'un moyen tiré de la méconnaissance d'un principe de valeur constitutionnelle, le Conseil d'Etat vérifie simplement si ce principe possède un équivalent à l'échelon communautaire. S'il n'existe pas de principe général

---

[1883] *Ibid*.
[1884]CE, Ass., 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres, op. cit.*
[1885] Le Rapporteur public prend soin de rappeler l'état de la jurisprudence internationale sur ces questions. Voir M. Guyomar, « Le contrôle de constitutionnalité d'un règlement transposant une directive communautaire », *RFDA*, 2007, p. 384.
[1886] *Ibid.*, p. 391.
[1887] *Ibid.*, p. 394 : « *la spécificité de votre position institutionnelle, par rapport à la sienne, impose que vous les adaptiez aux caractéristiques de votre intervention* ».
[1888] Puisque sous couvert du contrôle de la légalité interne d'un acte administratif, il s'agit d'évaluer la directive elle- même.

communautaire équivalent au principe de droit constitutionnel, le juge retrouve son contrôle habituel et pourra annuler l'acte contraire à la Constitution. A l'inverse, si un principe général du droit communautaire confère une protection équivalente aux dispositions constitutionnelles, le juge administratif se borne à vérifier que la directive transposée par le règlement respecte bien le principe communautaire, tel qu'interprété par la Cour de justice des Communautés.

En conséquence, le juge administratif fait le choix de contrôler l'acte de transposition conformément, et il s'agit là de l'expression utilisée par M. Guyomar, à « *une opération de translation*[1889] », c'est-à-dire en transportant le bloc de constitutionnalité français vers le droit communautaire. Ainsi, si le Conseil d'Etat s'est inspiré de la jurisprudence constitutionnelle, il n'a pourtant pas retenu le critère des « *règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle française* ». Suivant les recommandations du Rapporteur public sur ce point, la position retenue par le Conseil d'Etat permet d'adapter le contrôle sur la transposition des directives en droit interne, en tenant compte de la spécificité institutionnelle du Conseil d'Etat. Plus précisément, il n'appartient pas au juge administratif, à l'occasion de son contrôle de légalité d'un acte administratif, de se prononcer sur l'identification de « *l'identité constitutionnelle française* ».

S'agissant de cette notion de « *règle ou principe inhérent à l'identité constitutionnelle française* », elle est assez largement critiquée par la doctrine[1890]. Essentiellement, on souligne son défaut de clarté et les difficultés pour identifier ce que recouvre véritablement un principe inhérent à l'identité constitutionnelle[1891]. Au travers des allocutions des membres du Conseil constitutionnel à propos de cette décision, cette réserve de constitutionnalité semble renvoyer en droit interne, aux « *dispositions expresses de la Constitution* » ou de « *dispositions spécifiques de la Constitution*[1892] », mais surtout, aux termes des traités en droit

[1889] *Ibid.*, p. 394.

[1890] Voir par exemple, M. Gautier, F. Melleray, « Le Conseil d'Etat et l'Europe : fin de cycle ou nouvelle ère », *DA*, 2007, p. 9 ; D. Simon, « L'obscure clarté de la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative à la transposition des directives communautaires », *Europe*, octobre 2006, n° 10, alerte 42 ; voir également, L. Favoreu, L. Philip (Dir.), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 15e éd., Paris, Dalloz, 2009, p. 804 et suiv.

[1891] Voir sur ce point, E. Dubout, « « Les règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France » : une supra-constitutionnalité ? », *RFDC*, 2010, n° 83, p. 451.

[1892] Lors d'une allocution à un colloque organisé à Venise en 2006, M. Mazeaud relève que ces règles constitutionnelles sont constituées des « *principes constitutionnels fondamentaux propres à la France* ». Voir P. Mazeaud, « L'évolution de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les lois de transposition des directives », disponible sur le site du Conseil constitutionnel à l'adresse suivante :

communautaire. En effet, le commentaire aux *Cahiers du conseil constitutionnel* rapproche la notion de principe inhérent à l'identitié constitutionnelle française à l'article I-5 du Traité établissant une Constitution pour l'Europe aux termes duquel, « *l'Union respecte l'identité nationale des Etats membres inhérentes à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles*[1893] ».

Par-delà les difficultés pour saisir cette notion, la politique jurisprudentielle empruntée par le Conseil constitutionnel suppose encore, une identification par cas. Au gré des saisines, il apparaît possible par l'énumération, de déterminer si telle règle ou tel principe fait parti des « *principes fondamentaux propres à la France* » ou « *inhérent à l'identité nationale* ». D'une portée très large, l'éclaircissement ne peut passer que par une détermination progressive et empirique. Malgré tout, il ne fait aucun doute que ces principes renvoient à des règles qui n'ont pas d'équivalent en droit communautaire. Pour cette raison, tirant toutes les conséquences de l'obligation de transposition des directives communautaires telle qu'elle figure dans la Constitution, la démarche des deux juridictions apparaît sensiblement similaire dans le fond. Néanmoins dans la forme[1894], compte tenu des contraintes temporelles qui encadrent le contrôle de constitutionnalité en France et de l'impossibilité matérielle pour le juge constitutionnel de saisir la Cour de justice des Communautés européennes[1895], le Conseil a été conduit à porter son contrôle uniquement sur l'erreur manifeste d'appréciation. En revanche, le Conseil d'Etat n'est pas enfermé dans de telles limites et dispose d'une amplitude plus large pour effectuer son contrôle[1896].

Sous cet angle, le laconisme du Conseil constitutionnel et l'utilisation de l'erreur manifeste d'appréciation en la matière, symbolisée par la notion de « *règle ou principe inhérent à l'identité constitutionnelle française* », s'expliquent davantage. De surcroît, l'hypothèse d'une directive susceptible de heurter une règle ou un principe inhérent apparaît plus théorique que réalisable en pratique[1897].

---

http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/20061215.pdf

[1893] Commentaire de la décision n° 2006- 540 DC du 27 juillet 2006, Cahiers du Conseil constitutionnel n° 21.

[1894] Voir sur ce point, M. Gautier, F. Melleray, « Le Conseil d'Etat et l'Europe : fin de cycle ou nouvelle ère », *DA*, 2007, p. 12 : « *En substituant à la formulation ambiguë du Conseil constitutionnel une rédaction explicite, elle évite la reproche du manque de lisibilité parfois opposé à la jurisprudence constitutionnelle* ».

[1895] Sur ce point, voir les conclusions de M. Guyomar, *op. cit.*

[1896] Voir M. Gautier, F. Melleray, « Le Conseil d'Etat et l'Europe : fin de cycle ou nouvelle ère », *op.cit.*, p. 12.

[1897] En ce sens, M. Mazeaud considère que « *le Conseil a, par ailleurs, réservé l'hypothèse – que j'ose espérer purement théorique - où les dispositions communautaires en cause seraient contraires à une règle ou à un principe « inhérent à l'identité constitutionnelle de la France », par exemple, le principe de laïcité* ». Voir P. Mazeaud, « L'évolution de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les lois de transposition des directives », disponible sur le site du Conseil constitutionnel : http://www.conseil-constitutionnel.fr.

§2/ Les moyens matériels pour apprécier la constitutionnalité d'un acte, gage d'analyse approfondie et détaillée de sa conformité à la Constitution

Organisée de façon concrète comme devant toute juridiction ordinaire, la procédure qui permet aux Cours constitutionnelles étrangères d'exercer leur office[1898], se sépare très largement de celle prévue devant le Conseil constitutionnel. Disposant du temps[1899] et des instruments d'investigation nécessaires pour se prononcer sur la constitutionnalité d'un acte, les premières exercent un contrôle complet et rendent des décisions détaillées. Au contraire, le Conseil constitutionnel doit se prononcer dans un délai court et examiner les contrariétés d'un acte avec l'ensemble des dispositions contenues au sein de la Constitution. De fait, il se contente le plus souvent d'un examen de la loi, cantonné à l'erreur manifeste d'appréciation.
Ainsi, qu'il s'agisse d'apprécier le contenu et l'étendue du principe constitutionnel de laïcité (A) ou de permettre à l'Etat d'adhérer à l'Union européenne (B), et par-delà des positions très proches dans le fond, les décisions respectives du Conseil constitutionnel et de la Cour constitutionnelle fédérale allemande se séparent très largement, dans la forme et les éléments développés dans le cœur de leurs décisions.

A/ L'étendue de l'office du juge constitutionnel au travers de l'exemple particulier du principe de laïcité

Confrontée à une requête formée par une enseignante qui s'est vue opposée un refus de porter la voile dans le cadre de sa profession, la Cour constitutionnelle, au terme d'une instruction qui a permis de réaliser des auditions ou de recueillir les avis d'experts sur ces questions, détermine, avec précision et exhaustivité, l'ensemble des conséquences impliquées par le principe constitutionnel de laïcité en Allemagne (1). Saisi pour la première fois en 2004, le

[1898] L'analyse s'intéresse, de nouveau, à la décision sur l'interruption volontaire de grossesse rendue par la Cour Suprême américaine, la Cour fédérale de Karlsruhe et par le Conseil constitutionnel français.
[1899] A l'occasion d'un discours présenté au Conseil constitutionnel relatif aux méthodes de travail de la juridiction, M. Dutheillet de Lamothe dresse le constat suivant : « ***Ainsi, le Conseil constitutionnel français ne dispose pas de cette arme universelle qu'utilisent tous les juges du monde : le temps, le temps de l'instruction d'abord, le temps de la réflexion ensuite, qui sépare le délibéré de la lecture de la décision. Le temps est, en matière juridictionnelle, une arme puissante : il apaise les passions, il permet de trancher non pas à chaud mais dans un climat beaucoup plus serein*** ». Disposant d'un délai d'un mois à compter de l'enregistrement de la requête, sauf dans le cadre d'une procédure d'urgence à la demande du Gouvernement, le temps constitue précisément un argument de poids qui oriente le fond et la forme de la décision rendue par la Haute Assemblée. Voir le discours prononcé par M. Dutheillet de Lamothe au Conseil constitutionnel le 16 juillet 2007, disponible sur le site du Conseil constitutionnel à l'entrée « *discours et interventions* » : http://www.conseil-constitutionnel.fr

Conseil constitutionnel dispose d'un mois pour déterminer si, au-delà d'un examen de l'ensemble du Traité instituant une Constitution pour l'Europe, la disposition particulière de la Charte des droits fondamentaux prévoyant la liberté de croyance, respecte le principe de laïcité prévu à l'article 1er de la Constitution (2).

1/ Le contrôle de la constitutionnalité des actes juridiques par la Cour constitutionnelle fédérale allemande : un « procès constitutionnel »

A l'occasion d'une comparaison sur le traitement de la question du port de signes d'appartenance religieuse à l'école entre la France et l'Allemagne, Mme Amir-Moazami rend compte d'une décision de la Cour constitutionnelle fédérale rendue en 2003[1900]. En tant que juridiction suprême, la Cour doit se prononcer sur le refus de l'administration scolaire d'accorder à une enseignante le droit de porter le voile dans le cadre de sa profession. Interrogée alors, sur la délicate conciliation entre la liberté de conscience et la neutralité de l'enseignement public, la Cour conclut à la compatibilité du port du voile avec l'exercice des fonctions d'enseignant, sauf à heurter le principe constitutionnel de liberté de conscience garanti par la Loi fondamentale.

Pour autant, avant d'arriver à cette conclusion juridique, la Cour a pu bénéficier de l'ensemble des éléments pratiques et pragmatiques directement impliqués par la question du port du voile dans l'enseignement. Précisément nous dit Mme Amir-Moazami, cette décision intervient à la suite d'une instruction et d'un certain nombre d'auditions[1901]. Soucieux de comprendre les motivations réelles du port du voile, le juge allemand a pu bénéficier non seulement des déclarations de la requérante, mais également d'études empiriques menées sur ce sujet[1902].

A l'occasion donc d'une requête qui met en cause la neutralité d'un enseignant et la liberté de conscience, la Cour dispose des moyens procéduraux (instruction, auditions publiques,

---

[1900] S. Amir-Moazami, « Production discursive et fabrication juridique : le foulard de l'enseignante en Allemagne », *Droit et Société*, 2008, n° 68, p. 110.

[1901] Sur la participation de « *collaborateurs scientifiques* », voir M. Fromont, « Entretien avec M. le Professeur Hans-Jürgen Papier », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2003, n° 15, p. 180. Voir spéc., p. 182 : « *Les collaborateurs scientifiques sont choisis librement par les juges de la Cour. Ils doivent être choisis parmi ceux qui ont le diplôme d'aptitude aux fonctions judiciaires (juges, avocats). Dans la pratique, ce sont soit des membres de la magistrature des Länder, soit des assistants des Facultés de droit. Les plus nombreux viennent de la magistrature, spécialement de la juridiction administrative* ».

[1902] Notamment, Mme Amir-Moazami nous apprend que la Cour a invité à l'occasion des auditions, « *un professeur de pédagogie, Yasemin Karakasoglu, qui avait mené des travaux empiriques auprès d'étudiantes en pédagogie portant le voile*. » Voir S. Amir-Moazami, « Production discursive et fabrication juridique : le foulard de l'enseignante en Allemagne », *op. cit.*, p. 101.

recours à des experts ou des juristes) afin de cerner, et il s'agit là des termes mêmes de la Cour constitutionnelle fédérale, « *la diversité des motivations conduisant à porter le voile*[1903]». Elle n'hésite pas à interroger et à essayer de distinguer, de façon assez remarquable, le port du voile comme un signe d'appartenance politique, un symbole d'une emprise sur les femmes ou le fruit d'une conviction personnelle.[1904]

En pratique, une décision du 16 mai 1995 permet de conforter l'idée selon laquelle l'exercice complet de l'office de la Cour constitutionnelle lui permet de rendre une décision explicite et détaillée[1905].

Il s'agit d'un recours de parents d'élèves qui contestent un acte administratif pris par l'Etat de Bavière, imposant la présence de croix dans les salles de classe. A titre principal, les requérants considèrent que cet acte porte atteinte à la liberté de croyance, droit fondamental garanti par la Constitution. L'article 4 alinéa 1 prévoit en effet, que « *La liberté de croyance et de conscience et la liberté de professer des croyances religieuses et philosophiques sont inviolables* ». Les requérant déduisent alors, sur la base de cette disposition, que l'Etat serait tenu à une obligation de neutralité afin de respecter la liberté de croyance.

Afin de répondre au moyen soulevé (la liberté de croyance implique-t-elle une obligation de neutralité de la part de l'Etat afin de préserver cette liberté ?), la Cour précise que l'alinéa 1er de l'article 4 s'entend de façon positive et de façon négative. Précisément, la liberté de croyance signifie d'abord que chaque individu est libre de partager et d'honorer telle croyance ou religion et l'Etat n'a pas à s'immiscer ou à limiter cette liberté[1906]. A l'inverse, considère le

---

[1903] Cité par Mme Amir-Moazami, *Ibid*., p. 116.

[1904] Autre exemple à propos d'une politique jurisprudentielle analysée s'agissant du Conseil constitutionnel, le domaine de la loi et du règlement. Comme en France, la Loi fondamentale organise la répartition des compétences entre la loi et le règlement et surtout si elle prévoit que la loi est chargée de définir le cadre général, cela n'empêche pas le pouvoir règlementaire d'adopter par la suite, des mesures d'application. Renvoyant à la délicate notion de « *règles essentielles* » qui doivent être réservées au législateur, la Cour relève dans le cœur même de sa décision qu'au « *51e Congrès des juristes allemands, il fut observé dans la discussion que le mot « essentiel » doit être entendu d'abord comme une notion heuristique et non comme une contribution à la théorisation, comme une notion qui exprime seulement une vérité d'évidence , à savoir que dans une démocratie parlementaires les affaires véritablement importantes relèvent du Parlement* ». Voir sur ce point, Cour constitutionnelle fédérale, 21 décembre 1977, *BVerfGE*, tome 47, pp. 46- 85, reproduit *in* P. Bon, D. Maus, *Les grandes décisions des Cours constitutionnelles européennes*, Paris, Dalloz, 2008, p. 360.

[1905] Décision du 16 mai 1995 reproduite *in* L. Favoreu (Dir.), *La justice constitutionnelle, Belgique – Espagne - Italie – Allemagne*, La documentation Française, documents d'études, n° 1.16, 1998, p. 56.

[1906] « *L'article 4, alinéa 1, de la Loi fondamentale protège la liberté de croyance. La décision pour ou contre une croyance est l'affaire de l'individu non de l'Etat. Celui-ci ne doit ni lui prescrire ni lui interdire une croyance ou une religion. La liberté de croyance suppose la liberté d'avoir une croyance mais aussi la liberté de vivre et d'agir d'après ses convictions religieuses* ». *Ibid.*

juge allemand, la Constitution garantit également la liberté de ne pas adhérer à une croyance et de ne pas se voir imposer la pratique d'un culte[1907].

Une fois ce « *cadre constitutionnel à deux faces* » défini, la Cour déduit les obligations à la charge de l'Etat. Ainsi, par-delà l'obligation de ne pas intervenir dans la détermination des convictions religieuses propres à la personne, la puissance publique doit favoriser des lieux propices à la célébration d'un culte religieux même si elle doit en la matière, faire preuve d'un devoir de neutralité[1908].
Pour cette raison, afin de respecter le droit fondamental de la liberté de croyance, il incombe à l'Etat de ne privilégier aucune religion ou doctrine et de garantir la neutralité afin de laisser à chaque individu la libre détermination de sa pensée.

Appliqué au cas d'espèce, ce devoir de neutralité et de libre détermination de la pensée entre manifestement en contradiction avec la présence obligatoire de croix au sein des salles de classe. Ayant pour conséquence, nous dit la Cour, de contraindre les élèves « *à apprendre sous la croix*[1909] », ce symbole renvoie sans nul doute possible, au christianisme. Précisément, en dernière analyse, le juge constitutionnel montre que la croix, pour les non-chrétiens, est inséparable de l'appartenance à une doctrine religieuse et d'ailleurs, une requalification de ce symbole fort comme le signe de la culture occidentale, serait de surcroît associée à une profanation de la religion chrétienne[1910]. Absolument inséparable de la religion, la croix tend donc à imposer un dogme religieux à l'ensemble des élèves et heurte de ce fait, la liberté constitutionnelle de croyance.

[1907] *Ibid.* : « *A cela correspond, à l'inverse, la liberté de ne pas prendre part aux pratiques culturelles d'une croyance que l'on ne partage pas. Cette liberté de non-participation concerne même les symboles dans lesquels une croyance ou une religion s'identifie* ».
[1908] *Ibid.* : « *L'article 4, alinéa 1, de la Loi fondamentale ne se limite pas à prohiber une ingérence de l'Etat dans les convictions religieuses (…). Il lui confie également le devoir de leur assurer un espace d'action propice au développement de la personnalité dans un domaine psychologico-religieux (…) L'article 4, alinéa 1, de la Loi fondamentale ne confère pas cependant à l'individu ou à des communautés religieuses un droit explicite à dispenser l'expression de leur convictions religieuses sous la protection de l'Etat. De la liberté de croyance découle au contraire le principe de neutralité de l'Etat par rapport aux différentes religions et confessions* ».
[1909] *Ibid.*, p. 56.
[1910] *Ibid.* : « *A cause de la signification que lui a conféré le christianisme et qu'elle a eue dans l'histoire, la croix est devenue pour les non-chrétiens et les athées l'expression symbolique de convictions religieuses précises et le symbole de leur propagation missionnaire. Ce serait profaner la croix et aller à l'encontre du christianisme et de l'Eglise que de la considérer seulement comme l'expression de la culture occidentale et non comme le symbole d'une conviction religieuse déterminée* ».

2/ L'exercice d'un contrôle minimum de la compatibilité d'une loi à la Constitution par le Conseil constitutionnel

C'est simplement par une récente décision du 19 novembre 2004[1911], à l'occasion de l'examen du Traité établissant une Constitution pour l'Europe, que le Conseil constitutionnel est amené directement et pour la première fois, à se prononcer sur le contenu du principe de laïcité tel que prévu à l'article 1er de la Constitution[1912].

Saisi par le Président de la République[1913], le Conseil constitutionnel doit examiner la conformité du Traité (« *448 articles, 36 protocoles, 2 annexes, 48 déclarations et 1 acte final*[1914] ») à la Constitution dans un délai d'un mois[1915]. D'emblée, l'objet de la saisine, passer au filtre de la Constitution l'ensemble du Traité dans un délai extrêmement court, implique un contrôle minimum et l'économie des moyens.

Dans le fond, ce sont les dispositions de la Charte des droits fondamentaux, la deuxième partie du Traité, qui sont évaluées par le juge constitutionnel à la lumière du principe de laïcité.
D'une façon générale, la Charte encadre strictement l'application et le régime des droits au sein des Etats membres. Tout d'abord, ceux-ci ne s'appliquent en droit interne, que lorsque les

---

[1911] C. Constit., n° 2004-205 DC du 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, Rec., p. 173.
[1912] Aux termes de l'article 1er de la Constitution, « *La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances. Son organisation est décentralisée* ».
[1913] Article 54 de la Constitution : « *Si le Conseil constitutionnel, saisi par le Président de la République, par le Premier ministre, par le Président de l'une ou l'autre assemblée ou par soixante députés ou soixante sénateurs, a déclaré qu'un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, l'autorisation de ratifier ou d'approuver l'engagement international en cause ne peut intervenir qu'après révision de la Constitution* ».
[1914] Emprunté à Mme le Professeur Levade, *in* A. Levade, « Le Conseil constitutionnel aux prises avec la Constitution européenne », *RDP*, 2005, p. 19. Voir par ailleurs, C. Constit., n° 2004-205 DC du 19 novembre 2004, *op.cit.* : « *Il revient au Conseil constitutionnel de procéder à l'examen du traité « établissant une Constitution pour l'Europe » signé à Rome le 29 octobre 2004, ainsi que de ses protocoles et annexes ; que sont toutefois soustraites au contrôle de conformité à la Constitution celles des stipulations du traité qui reprennent des engagements antérieurement souscrits par la France* ».
[1915] Voir sur ce point, J. Roux, « Le Traité établissant une Constitution pour l'Europe à l'épreuve de la Constitution française », *RDP*, 2005, p. 59 : « *Quelle promptitude ! Celle du président de la république qui a saisi le Conseil constitutionnel du Traité établissant une Constitution pour l'Europe le jour même de sa signature à Rome le 29 octobre dernier par les hautes parties contractantes. Celle surtout de la Haute juridiction qui, respectant largement le court délai d'un mois qui lui est imparti, a exercé en 21 jours seulement, l'exploit vaut d'être souligné, le contrôle intégral de constitutionnalité d'un traité volumineux dont la richesse, au- delà de la refonte des traités antérieurs voués à l'abrogation, soulève des questions constitutionnelles d'une grande diversité* ».

Etats membres appliquent le droit de l'Union européenne[1916]. Par ailleurs, si la Charte consacre des droits qui peuvent être invoqués directement devant les juridictions nationales, d'autres au contraire ne représentent que des objectifs qui ne pourront être invoqués qu'à l'appui d'actes qui les traduisent, mais qui sont de portée plus générale[1917]. Dans leur matérialité, un certain nombre de droits inspirés de la tradition commune des Etats, sera interprété dans le strict respect de ces traditions. Enfin, pour permettre une application uniforme de ces droits, la Charte précise que les Etats membres et les juridictions de l'Union disposent des explications établies par la convention qui a élaboré la Charte[1918].

Précisément, à propos de de la disposition particulière de la Charte relative à la liberté religieuse (l'article II-70 prévoit « *le droit à chacun, individuellement ou collectivement, de manifester, par ses pratiques, sa conviction religieuse en public*[1919] »), la convention précise que cet article doit être interprété dans le même sens et la même portée que l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme[1920]. Notamment, la liberté religieuse prévue par la Charte admet les mêmes restrictions que celles de la Convention européenne, dès lors qu'est en cause « *la sécurité publique, la protection de l'ordre, la santé et la morale publiques, ainsi que la protection des droits et libertés d'autrui*[1921] ». En ce qui concerne le régime de l'article 9 de la Convention, la Cour européenne des droits des l'homme rappelle de façon constante[1922], qu'il doit être appliqué conformément aux traditions constitutionnelles des Etats membres et laisse le soin à chaque Etat, d'adopter les mesures les plus appropriés

---

[1916] C. Constit., n° 2004-205 DC du 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, *op. cit.* : « *Considérant, en premier lieu, qu'en vertu de l'article II-111 du traité et à l'exception de ses articles II-101 à II-104, lesquels ne concernent que les « institutions, organes et organismes de l'Union », la Charte s'adresse aux Etats membres « lorsqu'ils mettent en oeuvre le droit de l'Union » et « uniquement » dans ce cas* ».

[1917] *Ibid.* : « *qu'en vertu du paragraphe 5 de l'article II-112, elle comporte, à côté de « droits » directement invocables devant les juridictions, des « principes » qui constituent des objectifs ne pouvant être invoqués qu'à l'encontre des actes de portée générale relatifs à leur mise en oeuvre ; qu'au nombre de tels « principes » figurent notamment le « droit d'accès aux prestations de sécurité sociale et aux services sociaux », le « droit de travailler », le « droit des personnes âgées à mener une vie digne et indépendante et à participer à la vie sociale et culturelle », le « principe du développement durable » et le « niveau élevé de protection des consommateurs* ».

[1918] *Ibid.* : « que le paragraphe 7 de l'article II-112 du traité dispose également que : « *Les explications élaborées en vue de guider l'interprétation de la Charte des droits fondamentaux sont dûment prises en considération par les juridictions de l'Union et des Etats membres* ».

[1919] *Ibid.*

[1920] Celui-ci prévoit que « *tout le monde a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites. La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la moralité publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui* ».

Voir le texte de la Convention, disponible sur le site du Conseil de l'Europe, à l'adresse suivante : http://conventions.coe.int/treaty/fr/Treaties/Html/005.htm

[1921] C. Constit., n° 2004-205 DC du 19 novembre 2004, *op.cit.*

[1922] Le Conseil constitutionnel cite dans son visa un arrêt de la Cour européenne du 29 juin 2004, *Leyla Sahin c. Turquie*. *Ibid.*

dans l'application de cette disposition et dans la conciliation de la liberté de culte avec la laïcité[1923].

Dès lors, éclairé de l'interprétation de la liberté de culte au sens de l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme, l'article II-70 de la Charte constitue un objectif mis en œuvre dans chaque Etat membre, conformément à leur tradition nationale[1924]. La compatibilité du Traité avec la Constitution nationale ne fait alors pas véritablement de doute. Pour cette raison, le Conseil constitutionnel considère sans approfondir davantage le principe de laïcité prévu à l'article 1er de la Constitution, que « *dans ces conditions, sont respectées les dispositions de l'article 1er de la Constitution aux termes desquelles « la France est une République laïque », qui interdisent à quiconque de se prévaloir de ses croyances religieuses pour s'affranchir des règles communes régissant les relations entre collectivités publiques et particuliers*[1925]».
Ainsi, cette décision illustre bien que c'est un contrôle minimum qui est réalisé par le Conseil dans la mesure où il s'est assuré simplement que le droit à la liberté de culte, prévu par la Charte des droits fondamentaux, respecte bien le principe constitutionnel de laïcité. Compte tenu des caractéristiques de l'objet de la saisine comme de l'aménagement des droits de la Charte, le juge vérifie qu'aucune incompatibilité manifeste n'apparaît en rapprochant ces deux dispositions.

Il reste, en dernière analyse, qu'un examen plus au fond des instruments mobilisés par la Haute Assemblée, permet un regard plus critique. A titre principal sur ce point, une partie de la doctrine[1926] considère que le Conseil n'a procédé qu'à un examen très général et sommaire des dispositions qui lui ont permis de déclarer la Charte conforme à l'article 1er de la

---

[1923] *Ibid.* : « *que l'article 9 de la Convention a été constamment appliqué par la Cour européenne des droits de l'homme, et en dernier lieu par sa décision susvisée, en harmonie avec la tradition constitutionnelle de chaque Etat membre ; que la Cour a ainsi pris acte de la valeur du principe de laïcité reconnu par plusieurs traditions constitutionnelles nationales et qu'elle laisse aux Etats une large marge d'appréciation pour définir les mesures les plus appropriées, compte tenu de leurs traditions nationales, afin de concilier la liberté de culte avec le principe de laïcité* ».

[1924] Sur ce point, le Professeur Anne Levade parle d'un « *jeu de miroir* » : « *de manière générale, on peut résumer la position du Conseil constitutionnel en disant que la Charte renvoyant expressément à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et aux « traditions constitutionnelles communes des Etats membres », il n'en résulte ni obligations nouvelles pour le législateur français, ni remise en cause des fondements de la protection des libertés et droits fondamentaux tels qu'ils résultent de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 et du Préambule de la Constitution de 1946* ». Voir A. Levade, « Le Conseil constitutionnel aux prises avec la Constitution européenne », *RDP*, 2005, p. 19.

[1925] C. Constit., n° 2004-205 DC du 19 novembre 2004, *op. cit.*

[1926] Voir, notamment, L. Favoreu, L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 14e éd., 2001, Dalloz, 2007, p. 887.

Constitution. Le Professeur Jérôme Roux par exemple, montre que l'identité des restrictions susceptibles d'être apportées à la liberté de culte entre la Charte des droits et la Convention européenne des droits de l'homme, apparaît relative[1927]. Plus précisément, le Conseil constitutionnel aurait favorisé l'économie du contrôle en se contentant de renvoyer aux explications de la convention qui a élaboré la Charte et en substituant les cas de restriction de la Charte à celle prévues par la Convention européenne des droits de l'homme, pour les confronter à la Constitution nationale.

Dans le même ordre d'idées, l'auteur montre que la lecture jurisprudentielle de la Convention européenne des droits de l'homme est large et sans réelle nuance. Il relève d'abord, que l'arrêt du 29 juin 2004, *Leyla Sahin c. Turquie*, cité dans le visa de la décision du Conseil constitutionnel, n'est pas définitif et fait l'objet d'un renvoi devant la grande chambre de la Cour au moment où se prononce le juge[1928]. Surtout, toujours à propos de cet arrêt de la Cour européenne, le Professeur Roux montre que ce sont sans doute les faits à l'origine de cette affaire qui ont pu avoir une influence décisive sur la position au fond de la Cour de Strasbourg. La solution retenue par la Cour, la légalité de l'interdiction du port du voile dans certains établissements d'enseignement, constituerait alors davantage une solution consécutive à la prise en compte de facteurs sociaux et religieux en Turquie, qu'une solution générale applicable à tout Etat. Il s'agirait d'un arrêt circonstanciel[1929].

[1927] Voir J. Roux, « Le Traité établissant une Constitution pour l'Europe à l'épreuve de la Constitution française », *op. cit.* : « *La clause générale de limitation de l'article II-112 §1er de la Charte laisse, il est vrai, une plus grande latitude aux pouvoirs publics en permettant des limitations qui « répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union » parmi lesquels figurent, à suivre les explications sibyllines du praesidium, non seulement ceux de l'article 90 §2 mais aussi notamment le pluralisme, et l'égalité en particulier entre les femmes et les hommes. Mais, le Conseil la considère certainement inapplicable au cas particulier, sans quoi il ne pourrait pas prétendre que « le droit de manifester… sa conviction religieuse en public… se trouve sujet aux mêmes restrictions » dans le cadre de la Charte et de la Convention* ».

[1928] *Ibid.* : « *Sans doute peut-on supposer que celle-ci confirmera un arrêt adopté à l'unanimité, mais en attendant, il est permis de se demander si, dans le cas contraire, les fondements du jugement de constitutionnalité rendu à propos de l'article II-70 ne seraient pas profondément ébranlés* ». L'arrêt a précisément été confirmé par la grande chambre le 10 novembre 2005 : voir C. La Houge, note sous arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, grande chambre, 10 novembre 2005, *Journal du droit international*, n° 3, 2006, n° 3, p. 1146.

[1929] *Ibid.* : « *En tout état de cause, si la Cour de Strasbourg a admis en l'espèce une telle restriction dans l'expression vestimentaire et donc publique d'une conviction religieuse en accordant une attention remarquable au principe de laïcité dont la préservation est présentée comme « nécessaire à la protection du système démocratique en Turquie », cela tient manifestement, pour une grande partie au moins, au contexte spécifique d'un « pays comme la Turquie où la grande majorité de la population adhère à une religion précise » et où, par conséquent, existent de petites minorités religieuses vulnérables à l'activisme de « certains mouvements fondamentalistes religieux ». Dès lors, il n'est pas certain que dans des contextes sociologiques très différents, celui de la France en particulier caractérisé au contraire à la fois par une indifférence et une hétérogénéité religieuses, de telles restrictions imposées à l'expression publique de la religion seraient considérés comme « nécessaires dans une société démocratique* » ».

Ainsi, le Conseil, en renvoyant à la jurisprudence de la Cour européenne, s'est contenté de nouveau de vérifier la garantie d'adaptation des objectifs de laïcité et de la liberté de culte, conformément aux traditions constitutionnelles nationales.

En conséquence, et pour synthétiser, deux aspects généraux peuvent expliquer la position, dans le fond comme dans la forme, du Conseil constitutionnel à l'occasion de cette décision. Il s'agit du temps imparti pour se prononcer sur la compatibilité à la Constitution, d'un Traité évalué dans son ensemble et de l'aménagement particulier de l'applicabilité des dispositions de la Charte sur les droits fondamentaux, dont la liberté religieuse fait partie.

Loin d'être cantonné à l'exemple particulier de la laïcité, le choix d'un contrôle minimum a vocation à être élargi à de nombreuses politiques jurisprudentielles du Conseil constitutionnel[1930]. Très souvent en effet, on trouve dans la jurisprudence des éléments qui attestent que le juge apprécie une loi au filtre de l'erreur manifeste d'appréciation[1931]. De façon patente par exemple, le Conseil constitutionnel rappelle dans le corps de ses décisions,

---

[1930] Cette tendance générale est confirmée par M. Mazeaud, ancien Président du Conseil constitutionnel. Voir P. Mazeaud, « La place des considérations extra- juridiques dans l'exercice du contrôle de constitutionnalité », Erevan, 29 septembre-2 octobre 2005, disponible sur le site du Conseil constitutionnel : http://www.conseil-constitutionnel.fr.
Voir spéc., p. 8 : « *Le Conseil rappelle de façon régulière que « la Constitution ne (lui) confère pas un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement. Il en résulte que le Conseil exerce généralement un contrôle restreint. Il recourt fréquemment au critère de « l'erreur manifeste ». Il vérifie ainsi que le législateur n'a pas commis d'erreur flagrante dans le travail de conciliation auquel il doit procéder entre les diverses exigences constitutionnelles en fonction du but qu'il s'est assigné. Tant qu'il n'y a pas d' « erreur manifeste », tant que la conciliation opérée n'est pas « manifestement déséquilibrée », la censure n'est pas encourue* ».

[1931] Le choix du Conseil constitutionnel correspondrait par ailleurs, à la marge de manœuvre plus importante dont dispose le législateur par rapport au pouvoir réglementaire. D'un point de vue théorique et conformément à la théorie de la hiérarchie des normes élaborée par Hans Kelsen au début du 20e Siècle, l'autorité habilitée à produire la règle dispose d'un pouvoir discrétionnaire toujours plus mince à mesure que l'on s'éloigne de la Constitution. Les différents degrés de la hiérarchie des normes correspondent à un rétrécissement progressif de la marge de manœuvre pour agir en conformité avec la norme supérieure, au point de se réduire à une stricte norme d'application. En ce sens, le pouvoir du législateur, limité par la seule Constitution, est plus important que celui de l'administration. Le pouvoir règlementaire, de même, est plus large que celui de l'autorité administrative qui édicte un acte individuel. On trouve d'ailleurs une contribution théorique similaire dans l'œuvre du professeur Merkl. Rattaché au normativisme, l'auteur allemand livre, à l'occasion de la publication d'un manuel de droit administratif, une théorie générale du droit, une « *théorie de la formation du droit par degrés*. » Conformément à cette conception donc, le législateur dispose d'un pouvoir important dans la création de normes n'étant tenu de respecter que la Constitution.
Voir H. Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (justice constitutionnelle) », *RDP*, 1928, p. 197.
Voir spéc., p. 200 : « *la liberté du législateur, qui n'est subordonnée qu'à la Constitution, n'est soumise qu'à des limitations relativement faibles ; son pouvoir de création reste relativement grand. A chaque degré que l'on descend, le rapport de liberté à limitation se modifie en faveur du second terme : la part de l'application augmente ; celle de la libre création diminue. Chaque degré de l'ordre juridique constitue donc ensemble et une production de droit vis-à-vis du degré inférieur et une reproduction du droit vis- à- vis du degré supérieur* ».
Voir, par ailleurs, R. Bonnard, « La théorie de la formation du droit par degrés dans l'œuvre d'Adolphe Merkl », *RDP*, 1928, p. 668.

que « *dans les circonstances de l'espèce*[1932] » le législateur a agi en conformité avec les règles de droit constitutionnel ou que, compte tenu de l'importance[1933] ou de la nature[1934] de telle règle, la loi respecte la Constitution. Il considère fréquemment encore que les conditions qui permettent de confirmer la constitutionnalité d'une loi ne pourraient être remises en cause qu'à l'occasion d'une loi ultérieure[1935] ou qu'une loi n'offre pas les garanties suffisantes pour

---

[1932] Voir par exemple à propos de la compétence du législateur pour fixer les règles de création des catégories d'établissements publics, la décision du 29 novembre 1959, *Régie Autonome des Transports Parisiens* : S'agissant de la RATP, catégorie particulière d'établissement public sans équivalent sur le plan national, le législateur est compétent pour fixer les règles concernant la création de cet établissement et le Conseil précise, « *qu'au nombre des règles qui régissent cet établissement et qui sont du domaine de la loi, (...), doit être comprise celle prévoyant la présence de représentants des collectivités locales au sein du conseil d'administration* ». Cependant, en ce qui concerne le nombre de représentants, la Haute Instance ajoute, « *que le nombre total des membres de ce conseil et celui des représentants des collectivités locales qui en font partie n'est pas, dans les circonstances de l'espèce, un élément déterminant de la règle visée à l'alinéa précédent* ». Voir C. Constit., n°1-L du 29 novembre 1959, *Régie Autonome des Transports Parisiens*, Rec., p. 67.

[1933] A propos de l'autonomie financière des collectivités territoriales protégée par la règle constitutionnelle de libre administration le Conseil considère, dans une décision du 25 juillet 1990, que s'il « *appartient au législateur de déterminer les limites à l'intérieur desquelles une collectivité territoriale peut être habilitée à fixer elle-même le taux d'une imposition établie en vue de pourvoir à ses dépenses ; que, toutefois, les règles posées par la loi ne sauraient avoir pour effet de restreindre les ressources fiscales des collectivités territoriales au point d'entraver leur libre administration* ». Voir C. Constit., n° 90-277 DC du 25 juillet 1990, *Loi relative à la révision générale des évaluations des immeubles retenus pour la détermination des bases des impôts directs locaux*, JO du 27 juillet 1990, p. 9021.

De la même façon à propos du contrôle des engagements internationaux sur la base des conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale, le juge constitutionnel évalue l'importance du transfert. Les transferts de compétence ne doivent pas revêtir « *une ampleur ou interviennent selon des modalités telles que puissent être affectées les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale* ». Voir par exemple, à propos de l'application du principe de subsidiarité dans des matières relevant de la compétence exclusive de l'Union introduit par la traité de Lisbonne : « *Considérant que le « principe de subsidiarité », énoncé par le paragraphe 3 de l'article 5 du traité sur l'Union européenne, dans sa rédaction issue du 6) de l'article 1er du traité de Lisbonne, implique que, dans les domaines ne relevant pas de la compétence exclusive de l'Union, celle-ci n'intervienne que « si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États membres, tant au niveau central qu'au niveau régional et local, mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union » ; que, toutefois, la mise en œuvre de ce principe pourrait ne pas suffire à empêcher que les transferts de compétence autorisés par le traité revêtent une ampleur ou interviennent selon des modalités telles que puissent être affectées les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale* ». Voir C. Constit., n° 2007-560 DC du 20 décembre 2007, *traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne*, Rec., p. 459.

[1934] La décision du Conseil des communautés qui concerne l'octroi de ressources propres aux Communautés en lieu et place des contributions des Etats membres, « *dans le cas d'espèce, ne peut porter atteinte, ni par sa nature, ni par son importance, aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale* ». Voir C. Constit., n° 70-39 DC du 19 juin 1970, *Traité signé à Luxembourg le 22 avril 1970 portant modification de certaines dispositions budgétaires des traités instituant les communautés européennes et du traité instituant un conseil unique et une commission unique des Communautés européennes et décision du Conseil des Communautés européennes en date du 21 avril 1970, relative au remplacement des contributions des Etats membres par des ressources propres aux Communautés*, Rec., p. 15.

[1935] En vérifiant que le législateur a confirmé la participation majoritaire de l'Etat au capital d'une entreprise chargée d'une activité de service public national, le Conseil constitutionnel relève « *que l'abandon de cette participation majoritaire ne pourrait résulter que d'une loi ultérieure* ». Voir par exemple, C. Constit., n° 2004-501 DC du 5 août 2004, *Loi relative au service public de l'électricité et du Gaz et aux entreprises électriques et gazières*, Rec., p. 134.

ne pas entraver une règle de droit constitutionnel[1936]. Isolées volontairement du cas d'espèce, ces choix terminologiques symbolisent bien néanmoins le recours fréquent au contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation.

B/ L'analyse de la compatibilité de la Constitution au Traité sur l'Union européenne au travers de l'office du juge

Dans le cadre de la procédure de l'article 54 de la Constitution, ce fut le cas du Traité de Maastricht, le Conseil constitutionnel est chargé de déterminer quelles sont les dispositions de la Constitution qui sont incompatibles avec un traité et qui sont susceptibles d'impliquer une révision de la Constitution. Une fois intégré dans l'ordre juridique national, le traité produit ses effets et ne peut plus être contrôlé par aucune juridiction. Il s'agit d'un strict contrôle de compatibilité afin de déterminer si l'autorisation de ratifier mérite une révision constitutionnelle. Pour ce faire, le Conseil constitutionnel évalue l'ensemble de l'engagement international dans un délai extrêmement bref et de façon abstraite[1937] (2).

A l'inverse, dans le cadre du contrôle *a posteriori* en Allemagne, la Cour fédérale peut être amenée à connaître, une fois un traité entré en vigueur, d'actes d'application du droit de l'Union. Dans le but de prévenir les contentieux à venir, le poids d'une décision qui se prononce sur la compatibilité d'un traité est en ce sens, important[1938]. Par ailleurs, pour ce qui concerne le Traité de Maastricht plus particulièrement, le juge allemand se prononce sur une loi de ratification, c'est-à-dire après la révision de la Loi Fondamentale et la promulgation de la loi de ratification et elle répond à des moyens développés par les requérants dans le cadre

[1936] Par exemple, le Conseil constitutionnel considère qu'à partir du moment où la loi permet aux collectivités territoriales, d'attribuer librement une aide à des établissements sous contrat, selon des modalités laissées à leur discrétion et quel que soit le niveau scolaire, elle « *ne comporte pas les garanties nécessaires pour assurer le respect du principe d'égalité entre les établissements d'enseignement privés sous contrat se trouvant dans des situations comparables*.» De la même façon, elle « *ne comportent pas non plus de garanties suffisantes pour éviter que des établissements d'enseignement privés puissent se trouver placés dans une situation plus favorable que celle des établissements d'enseignement public, compte tenu des charges et des obligations de ces derniers* ». Voir C. Constit., n° 93-329 DC du 13 janvier 1994, *Loi relative aux conditions de l'aide aux investissements des établissements d'enseignement privés par les collectivités territoriales*, Rec., p. 9.

[1937] Voir sur ce point B. Genevois, « Le Traité sur l'Union européenne et la Constitution. A propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 92-308 DC du 9 avril 1992 », *RFDA*, 1992, p. 401 : « *le contrôle de l'article 54 se différencie des procédures régies par l'article 61 sur plusieurs points. Il existe une simple différence de degré en ce sens que le caractère aussi bien abstrait qu'a priori est beaucoup plus accentué, au titre de l'article 54, qu'en matière législative faute pour le juge constitutionnel de pouvoir se référer à un débat parlementaire préalablement à sa décision* ».

[1938] Voir sur ce point, M. Fromont., « Le Traité sur l'Union européenne et le juge constitutionnel en France et en Allemagne », *Mélanges Peiser*, PUG, Grenoble, 1995, p. 232-233.

du contrôle concret[1939]. De fait, la Cour de Karlsruhe a disposé d'un long délai pour apprécier la compatibilité de la Constitution à la loi (1).

Compte tenu des conditions dans lesquelles elles se sont respectivement prononcées, il apparaît dès lors plus facile de comprendre pourquoi en exerçant dans le fond[1940], un contrôle assez similaire (basé essentiellement sur la mise en commun de compétence au sein de l'Union mais pas son dessaisissement[1941]), les deux juridictions se séparent une fois encore, dans la forme et le raisonnement développé dans leur décision.

1/ Déterminer le cadre général des relations entre l'Etat et les institutions communautaires

L'examen de la loi d'incorporation du Traité de Maastricht par la Cour constitutionnelle fédérale a lieu le 12 octobre 1993[1942]. Il s'agit d'apprécier un recours individuel qui soulève une violation par la loi, des droits fondamentaux protégés par la Constitution. Plus précisément, le juge accepte de se prononcer sur une éventuelle contrariété de la loi avec l'article 38 de la Loi Fondamentale de Bonn[1943]. Cet article prévoit expressément que : « *les députés du Bundestag allemand sont élus au suffrage universel, direct, libre, égal et secret. Ils sont les représentants de l'ensemble du peuple, ne sont liés ni par des mandats, ni par des*

[1939] Les mêmes conclusions pourraient être établies à partir de la récente décision du 30 juin 2009 relative au Traité de Lisbonne. Voir la version française de cette décision, diponible sur le site internet de la Cour, à l'adresse suivante : http://bverfg.de/entcheidungen/es20090630.

[1940] La question de l'examen de la compatibilité entre le Traité de Maastricht et la Constitution s'est posée en termes similaires devant le Conseil constitutionnel et la Cour constitutionnelle fédérale allemande. Impliquant un partage de compétences entre les autorités nationales et communautaires, le filtre de constitutionnalité du Traité repose sur des dispositions équivalentes. En effet, le quinzième alinéa du Préambule de la Constitution française de 1946 prévoit que « *sous réserve de réciprocité, la France consent aux limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix* ». S'agissant de la Constitution allemande, elle contient un article 24, aux termes duquel : « *La fédération peut transférer, par voie législative, des droits de souveraineté à des institutions internationales.*(…) *Pour sauvegarder la paix, la Fédération peut adhérer à un système de sécurité mutuelle collective ; elle consentira à cet effet aux limitations de ses droits de souveraineté qui établissent et garantissent un ordre pacifique durable en Europe entre les peuples du monde* ».

Ainsi, les constitutions française et allemande permettent l'exercice en commun de compétences entre l'Etat et l'Union européenne et admettent, sous conditions, une limitation de leur souveraineté. Malgré tout, si la Cour constitutionnelle fédérale a pris soin de développer, dans sa décision, une véritable analyse des rapports entre l'ordre constitutionnel national et le droit né du Traité sur l'Union européenne, le Conseil constitutionnel s'est, quant à lui, contenté de statuer sur la compatibilité entre le traité et la Constitution.

[1941] Voir sur ce point, M. Fromont, « Le Traité sur l'Union européenne et le juge constitutionnel en France et en Allemagne », *op. cit.*, p. 239 : « *la seconde ressemblance tient à ce que le juge constitutionnel s'est fondé sur des concepts très voisins : respect des conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale en France, maintien de compétences étatiques suffisamment substantielles au profit du Bundestag en Allemagne* ».

[1942] Arrêt de la deuxième chambre de la Cour constitutionnelle fédérale allemande du 12 octobre 1993 relative à la constitutionnalité du traité de Maastricht, *RUDH*, 1993, p. 286.

[1943] Les autres moyens développés par les requérants sur la base d'une violation des droits fondamentaux sont écartés comme irrecevables par la Cour. *Ibid*., p. 287.

instructions et ne sont soumis qu'à leur conscience[1944] ». Sur cette base, la Cour admet que le droit à l'élection du *Bundestag* et toutes les garanties liées à l'organisation d'élections démocratiques s'étendent à la possibilité « *de prendre part, à l'échelon fédéral, à la légitimation de la puissance publique par le peuple et d'influencer son exercice*[1945] ».

Ainsi, le transfert de compétences au profit de l'Union européenne pourrait être tel, qu'il serait susceptible de heurter le pouvoir des institutions étatiques nées de l'élection par le peuple. En d'autres termes, il ressort d'un principe démocratique l'idée selon laquelle le pouvoir élu au suffrage universel, doit être en mesure d'exercer les fonctions essentielles dans l'Etat. Le transfert de compétences substantielles à des instances non élues au détriment des institutions nationales serait alors contraire à l'article 38 de la Constitution relatif au droit de suffrage [1946].
L'important sur ce point, nous dit la Cour, « *c'est qu'une substance suffisamment effective de légitimation démocratique, un certain niveau de légitimation, soit atteinte*[1947] ». La préservation de compétences essentielles entre les mains du Parlement national permet donc la préservation du principe démocratique. Finalement, toute la question est de savoir quelles sont les compétences transférées aux organes de l'Union et celles qui demeurent de la compétence du *Bundestag*[1948].

A la suite de l'admission du recours individuel basé sur la violation potentielle d'un droit fondamental, la Cour est amenée à développer de façon très détaillée, les conséquences de la participation de l'Etat allemand à l'Union européenne.

[1944] Art. 38-1 de Loi Fondamentale de Bonn.
[1945] Arrêt de la deuxième chambre de la Cour constitutionnelle fédérale allemande du 12 octobre 1993 relative à la constitutionnalité du traité de Maastricht, *op. cit.*, p. 286.
[1946] *Ibid..*, p. 287 : « *Dans le champ d'application de l'article 23 LF, l'art. 38 LF exclut que la légitimation du pouvoir d'Etat obtenue par l'élection et l'influence sur l'exercice de celui-là soit vidée par l'effet du transfert de missions et de compétences du Bundestag de telle manière que le principe démocratique (...) est atteint. Le droit du requérant résultant de l'art. 38 LF est donc susceptible d'être méconnu si les compétences du Bundestag allemand faisaient l'objet d'un transfert si étendu à un organe de composition gouvernementale de l'Union européenne ou des Communautés européennes que les exigences minimales et inaliénables de légitimation démocratique de l'autorité publique, à laquelle a affaire le citoyen, ne sont pas remplies* ».
Voir par ailleurs C. Grewe, « L'arrêt de la Cour constitutionnelle fédérale allemande du 12 octobre 1993 sur le Traité de Maastricht : l'Union européenne et les droits fondamentaux », *RUDH*, 1993, p. 228. Le Professeur Grewe montre qu'en étendant l'article 38 à un principe démocratique, la Cour a remplacé la condition de la violation d'un droit subjectif par celle d'un droit objectif dans la mesure où ce principe concerne tous les citoyens allemands : « *c'est donc à juste titre que l'on peut parler en l'occurrence d'actio popularis* ».
[1947] *Ibid..*, p. 288.
[1948] En ce sens la réserve de constitutionnalité sur la base du principe démocratique joue le même rôle que la souveraineté en droit français. *Ibid.*

Elle considère en premier lieu, qu'en se liant à l'Union européenne, l'Etat accepte de partager un certain nombre de compétences et permet que soient accomplis par des institutions internationales, « *des actes de puissance publique*[1949] ». De fait, la participation de la République fédérale à une communauté d'Etat, considère le juge allemand, suppose nécessairement que le Bundestag (représentant de la volonté du peuple) ne soit plus l'unique dépositaire de la volonté générale à partir du moment où un ensemble de compétences sont désormais partagées avec l'Union[1950].

Ramené à l'objet de la saisine, cela signifie que l'adhésion d'un Etat à une organisation internationale implique nécessairement des transferts de compétences et des décisions qui lient les citoyens, alors même qu'elles n'émanent pas d'institutions démocratiquement élues. Pour autant, reconnaît la Cour, cet aspect est compensé par la possibilité de l'Etat de contribuer à la formation de la volonté de l'Union. Plus précisément, son raisonnement revient à établir une sorte de rapport « *coût/ avantage* » à l'intégration de l'Allemagne au sein de l'Union européenne, afin de montrer que l'influence perdue au sein des institutions de l'Etat est compensée par davantage d'influence auprès des institutions représentatives de Etats au sein de l'Union. L'Etat parti en d'autres termes, se voit imposer des décisions pour lesquelles il a lui-même contribué[1951] et qui ressortent pour un part, de sa volonté propre[1952]. Les règles issues du droit communautaire qui s'appliquent sur le territoire national, demeurent celles acceptées en amont par les organes nationaux[1953].

[1949] *Ibid.*, p. 288.

[1950] *Ibid.* : « *Dans la mesure où des droits de souveraineté sont conférés à des organisations supranationales, l'organe de représentation élu par le peuple, le Bundestag allemand, et avec lui le citoyen disposant du droit de vote, perd nécessairement un part de son influence sur le processus politique de formation de la volonté et de décision. Toute adhésion à une communauté interétatique implique que les membres d'une telle communauté sont liés par les décisions de celle- ci* ».

[1951] *Ibid.* : « *L'exercice de la puissance publique par une association d'Etats (staatenverbund) comme l'est l'Union européenne est fondé sur des autorisations d'Etats demeurant souverains au nom desquels ce sont les gouvernements qui agissent systématiquement dans un domaine interétatique et qui canalisent ainsi l'intégration. Il est par conséquent gouvernemental en principe* ».

[1952] *Ibid.* : « *L'Etat membre – et avec lui ses citoyens – gagne toutefois également des possibilités d'influence par sa participation à la formation d'une volonté de la communauté afin de poursuivre des objectifs communs – et par conséquent aussi des objectifs propres – dont le résultat lie tous les Etats membres et suppose par conséquent également la reconnaissance de sa propre obligation* ».

[1953] *Ibid.*, p. 290 : « *La République fédérale d'Allemagne est par conséquent même après l'entrée en vigueur du traité d'Union, membre d'une association d'Etats dont le pouvoir communautaire dérive des Etats membres et ne peut devenir obligatoire sur le territoire de la puissance publique allemande qu'en vertu d'un ordre allemand d'application du droit* ».

La légitimité démocratique de l'Union provient précisément du fait que les institutions fonctionnent sous l'impulsion des Parlements nationaux ou que le Parlement européen est composé de membres élus par les citoyens des Etats membres. Plus encore d'ailleurs, la Cour se prononce sur l'avenir de l'Union et les éléments susceptibles d'accroître encore cette légitimité : le développement d'une citoyenneté européenne, la mise en place de débats publics et transparents par exemple.

Au fond, si la volonté du peuple s'exprime à travers le Bundestag, elle s'exprime également au niveau de la décision européen dans la mesure où le Parlement national fait parti des organes de l'Union.

En conséquence, c'est seulement le transfert démesuré de compétences entre les mains de l'Union qui constitue en substance une menace au principe démocratique[1954]. Pour en revenir à l'espèce, la Cour fait dépendre la conformité de la loi, à l'exigence de transferts clairs et prévisibles de compétences pour en déduire que le *Bundestag* n'est pas privé des compétences essentielles et donc qu'il n'y a pas de contrariété entre la loi et l'article 38 de la Loi Fondamentale. Chemin faisant, elle livre sa vision des rapports entre le droit national et le droit européen et notamment, la nature de l'Union même après l'entrée en vigueur du Traité. Il s'agit d'une organisation inter-gouvernementale qui, loin d'effacer le poids de la souveraineté de l'Etat membre, dépend assez largement de sa volonté[1955].

Cette décision de la Cour de Karlsruhe a été rendue dans un délai très long, au terme d'auditions nombreuses et variées. La loi révisant la Constitution a été adoptée quasiment un an plus tôt et les arguments avancés par les recours accueillis sont les mêmes que dans les 29 recours constitutionnels formés, mais rejetés. Sur ce point, les conditions dans lesquelles le Conseil constitutionnel doit se prononcer sont bien plus contraignantes.

2/ Permettre la ratification d'un traité dans le respect de la Constitution

La saisine du Conseil constitutionnel par le Chef de l'Etat sur le fondement de l'article 54, est matériellement rédigée de la façon suivante : « *compte tenu des engagements souscrits par la France et des modalités de leur entrée en vigueur, l'autorisation de ratifier le traité doit*(-il)

[1954] *Ibid.* : « *Dans leur décision adoptée les 11 et 12 décembre 1992 à Edimbourg, les chefs d'Etat et de gouvernement soulignent que, dans le cadre du Traité sur l'Union européenne, des Etats indépendants et souverains ont décidé librement d'exercer certaines compétences en commun conformément aux traités existants. Ainsi le traité d'Union prend-il en compte l'indépendance et la souveraineté des Etats, en obligeant l'Union à respecter l'identité nationale des ses Etats membres, en n'attribuant à l'Union et aux Communautés européennes, selon le principe de l'énumération particulière des compétences, que des compétences et des pouvoirs déterminés* (…) ».

[1955] En ce sens, toute entière construite autour de la notion d'Etat-nation, la construction européenne au moment du Traité de Maastricht est interprétée de façon minimaliste. Voir sur ce point, C. Grewe, « L'arrêt de la Cour constitutionnelle fédérale allemande du 12 octobre 1993 sur le Traité de Maastricht », *op. cit.*, p. 231 : « *La décision ici commentée s'en tient par conséquent à une interprétation « minimaliste » du traité. Elle souligne que l'Union est composée d'Etats indépendants et souverains qui sont maîtres du traité* ».

être précédée d'une révision de la Constitution[1956] ? ». Précisé par une saisine complémentaire, l'objet concerne l'ensemble des engagements souscrits par la France jusqu'alors. Accueilli par le Conseil, ce dernier précise « *qu'il appartient au Conseil constitutionnel, saisi, au titre de la procédure instituée par l'article 54 de la Constitution, d'un traité qui modifie ou complète un ou plusieurs engagements internationaux déjà introduits dans l'ordre juridique interne de déterminer la portée du traité soumis à son examen en fonction des engagements internationaux que ce traité a pour objet de modifier ou compléter*[1957] ». En ce sens, le juge constitutionnel entend évaluer le traité sur l'Union en lien avec les engagements antérieurs, dès que le premier modifie ou complète les seconds. C'est ainsi à un examen complet de l'ensemble du traité, des protocoles et déclarations qui lui sont annexés, que se livre le juge à l'occasion de cette décision[1958].

Pour ce faire, le Conseil considère « *qu'il résulte de ces textes de valeur constitutionnelle que le respect de la souveraineté nationale ne fait pas obstacle à ce que, sur le fondement des dispositions précitées du Préambule de la Constitution de 1946, la France puisse conclure, sous réserve de réciprocité, des engagements internationaux en vue de participer à la création et au développement d'une organisation internationale permanente, dotée de la personnalité juridique et investie de pouvoirs de décision par l'effet de transferts de compétences consentis par les Etats membres*[1959] ». Admettant le principe de la participation de l'Etat à l'Union et les transferts de compétences impliqués, il ajoute néanmoins, « *qu'au cas où des engagements internationaux souscrits à cette fin contiennent une clause contraire à la Constitution ou portent atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale, l'autorisation de les ratifier appelle une révision constitutionnelle*[1960] ». S'agissant de l'autorisation de ratifier le Traité en France, c'est alors autour de trois dispositions essentielles que le Conseil constitutionnel concentre son contrôle : l'exigence de réciprocité, la garantie des droits et libertés des citoyens et la préservation des conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale[1961]. Après s'être rapidement prononcé sur la

---

[1956] Voir la saisine du Chef de l'Etat sur le site internet du Conseil constitutionnel : http://www.conseil-constitutionnel.fr/

[1957] C. Constit., n° 92-308 DC du 9 avril 1992, *Traité sur l'Union européenne*, Rec., p. 55.

[1958] Cet examen est illustré par le dernier considérant de la décision au terme duquel, « *aucune des autres dispositions de l'engagement international soumis au Conseil constitutionnel au titre de l'article 54 de la Constitution n'est contraire à celle-ci* ». *Ibid.*

[1959] *Ibid.*

[1960] *Ibid*.

[1961] Voir sur ce point, *Supra.*, titre 1er, chapitre 1er.

Voir, également, F. Luchaire, « L'Union européenne et la Constitution », *RDP*, 1992, p. 593 : « *Après avoir dégagé trois grandes normes de référence, l'exigence de réciprocité, la garantie des droits et libertés du citoyen*

conformité du traité sur les deux premières[1962], le cœur du contrôle effectué par le juge se trouve dans le respect par l'engagement international, des conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale[1963].

Ce sont deux stipulations du traité de Maastricht qui sont jugées contraires à la Constitution nationale. Sans expliciter sa position et en se contentant de décrire la procédure prévue par le Traité en matière de politique monétaire[1964], le juge constitutionnel considère d'abord, « *qu'il résulte des dispositions applicables à compter du début de la troisième phase de l'Union économique et monétaire que la réalisation d'un semblable objectif se traduira par la mise en oeuvre d'une politique monétaire et d'une politique de change uniques suivant des modalités telles qu'un État membre se trouvera privé de compétences propres dans un domaine où sont en cause les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale*[1965] ». Si le juge laisse à penser que le domaine monétaire détermine à lui seul la violation, c'est-à-dire au-delà de toute aménagement des compétences, s'agissant des mesures relatives à l'entrée et à la

---

et le respect des conditions essentielles de l'exercice de la souveraineté, le Conseil constitutionnel constate d'une manière très générale que les deux premières sont satisfaites ce qui lui permet de limiter l'essentiel de son analyse à la troisième ».

[1962] C. Constit., n° 92-308 DC du 9 avril1992, *op. cit.* : « *Considérant que les engagements contenus dans les stipulations soumises à l'examen du Conseil constitutionnel ne prennent effet, conformément à l'article R du traité sur l'Union européenne, qu'après le dépôt du dernier instrument de ratification ; que cette exigence vaut aussi bien pour le traité lui-même que pour les protocoles qui lui sont annexés et les déclarations adoptées par les conférences des gouvernements ; qu'il suit de là que ces instruments internationaux ont le caractère d'engagements réciproques ; qu'il est ainsi satisfait à la condition de réciprocité prescrite par le quinzième alinéa du préambule de la Constitution de 1946 ;*
Considérant qu'aux termes du paragraphe 2 de l'article F du traité sur l'Union européenne : "L'Union respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, en tant que principes généraux du droit communautaire" ; que leur respect est assuré par la Cour de Justice des communautés européennes notamment à la suite d'actions engagées à l'initiative des particuliers ;
Considérant que les stipulations du paragraphe 2 de l'article F, conjuguées avec l'intervention des juridictions nationales statuant dans le cadre de leurs compétences respectives, sont à même de garantir les droits et libertés des citoyens ; qu'à cet égard, l'engagement international soumis au Conseil constitutionnel ne porte pas atteinte aux règles et principes de valeur constitutionnelle ».

[1963] Le Conseil constitutionnel considère, encore, que si la participation des ressortissants de la Communauté européenne à l'élection du Parlement européen n'est pas contraire à la Constitution, à la différence de la disposition qui prévoit un droit de vote aux élections municipales d'un Etat membre, par tout résidant, qu'il soit ressortissant de l'Etat membre ou non. Cette disposition est jugée contraire au quatrième alinéa de l'article 3 de la Constitution qui implique «*que seuls les "nationaux français" ont le droit de vote et d'éligibilité aux élections effectuées pour la désignation de l'organe délibérant d'une collectivité territoriale de la République et notamment pour celle des conseillers municipaux ou des membres du Conseil de Paris* ». *Ibid*, § 19 à 35.

[1964] Voir sur ce point, D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, 8e éd., Paris, Monchrestien, 2008, p. 352 : « *Une déception pédagogique : le Conseil ne dit pas en quoi les modalités prévues par le traité ont cet effet. Il se contente, dans de longs considérants, d'exposer, en citant directement les articles du traité, les trois phases du processus de réalisation de la monnaie unique, comme si le simple énoncé suffisait à lui-seul à prouver évidemment leur caractère attentatoire aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale* ». Voir également F. Luchaire, « L'Union européenne et la Constitution », *op. cit.*, p. 601.

[1965] C. Constit., n° 92-308 DC du 9 avri1992, *op.cit.*, § 43.

circulation des personnes ensuite, il considère cette fois beaucoup plus clairement, que c'est l'abandon de la règle de l'unanimité au sein du Conseil des ministres des communautés chargé de la politique commune des visas à l'égard des pays tiers, qui heurte les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale[1966].

Par conséquent, une fois admis le principe de la nécessaire mise en commun de compétences compte tenu de la participation de la France à l'Union européenne, il s'efforce de passer au filtre de compatibilité les dispositions du Traité de Maastricht avec la Constitution nationale, dans le but de permettre sa ratification.

Conclusion du chapitre 2

En comparant la jurisprudence du Conseil constitutionnel avec celles de juridictions étrangères ou celle du Conseil d'Etat en France, on se rend compte que c'est le plus souvent dans la forme, que des divergences apparaissent. Directement liée aux contraintes procédurales qui pèsent sur la procédure de contrôle *a priori* des lois, l'amélioration de la lisibilité des décisions du Conseil constitutionnel et l'intensification du contrôle de la constitutionnalité, interroge alors très clairement la réforme de la procédure contentieuse.

Sur ce point, la récente réforme qui introduit la question prioritaire de constitutionnalité ouvre des perspectives larges et stimulantes. En effet, l'introduction du contrôle *a posteriori* des lois consacré par la révision constitutionnelle de 2008, entré en vigueur avec la loi organique du 11 décembre 2009[1967], semble lever l'ensemble des contraintes procédurales évoquées dans le présent chapitre. D'abord, et pour reprendre les termes du Professeur de Lamy, la réforme implique une véritable « *juridictionnalisation du contrôle opéré par le Conseil constitutionnel*[1968] » en introduisant comme à l'étranger, une procédure contentieuse

[1966] Nécessitant une révision de la Constitution, la ratification du Traité de Maastricht a impliqué un nouveau titre intitulé : « *Des communautés européennes et de l'Union européenne*. » L'article 88-1 prévoit que « *la République participe aux Communautés européennes et à l'Union européenne, constitués d'Etats qui ont choisis librement, en vertu des traités qui les ont instaurées, d'exercer en commun certaines de leurs compétences* » et l'article 88-2, « *sous réserve de réciprocité et selon les modalités prévues par le Traité sur l'Union européenne, la France consent aux transferts de compétences nécessaires à l'établissement de l'union économique et monétaire européenne ainsi qu'à la détermination des règles relatives au franchissement des frontières extérieures des Etats membres de la Communauté européenne* ».

[1967] Loi organique n° 2009-1523 du 11 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, JORF du 11 décembre 2009, p. 21379.

[1968] B. de Lamy, « Brèves observations sur la question préjudicielle de constitutionnalité en attendant la loi organique », *D*. 2009, p. 177.

classique. Notamment, la question prioritaire de constitutionnalité introduit devant le Conseil constitutionnel, une phase d'instruction et l'audition des différentes parties à l'instance[1969].

Ensuite, par l'intermédiaire de la procédure de contrôle *a posteriori* des lois, le Conseil constitutionnel est amené à se prononcer sur des lois d'ores et déjà entrées en vigueur et surtout, représente dorénavant véritablement, l'organe placé au sommet de la hiérarchie des juridictions nationales, dans la cadre de cette procédure particulière de garantie des droits et libertés fondamentales.

[1969] Voir, sur ce point, le règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité, disponible sur le site du Conseil constitutionnel, à l'adresse suivante : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/QPC/reglement_procedure_qpc.pdf

Conclusion du Titre 1er

Les exemples choisis montrent une jurisprudence empirique et circonstancielle qui livre le plus souvent, une traduction du texte suprême seulement en lien avec l'espèce jugée. A partir de la jurisprudence, soit la doctrine s'en tient à une description de l'ensemble des décisions, soit elle essaie de conceptualiser. Il s'agit parfois de fixer des critères pour tenter de relier une suite de décisions qui ont le même objet mais cette démarche est peu convaincante. D'autres fois, quand le travail de systématisation est bien plus important, il est malheureusement contredit par la multiplication des cas d'espèce.

Pour autant, face à la nécessité d'une conceptualisation accrue à partir de la jurisprudence[1970], il apparaît difficile pour le Conseil constitutionnel, d'aller au-delà d'un strict contrôle de compatiblité entre la Constitution et la loi particulière soumise à son examen, compte tenu essentiellement des contraintes liées à la procédure contentieuse.

[1970] Même si une partie de la doctrine défend l'empirisme du juge. Ainsi par exemple, s'apprêtant à traiter des « *grandes politiques jurisprudentielles constitutionnelles* », le Professeur Dominique Rousseau rappelle que le Conseil constitutionnel « ***au gré des affaires dont il est saisi, « dit » le droit, sans prétendre de répondre à une théorie, ou d'en construire une par ses décisions*** ». Voir *Droit du contentieux constitutionnel*, 9e éd., Paris, Montchrestien, 2010, p. 269. Dans le même sens, Georges Vedel montre qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, à l'occasion du contrôle de constitutionnalité d'une loi de privatisation d'entreprise publique, d'entreprendre de définir une notion de service public qui ressort des exigences constitutionnelles. Il relève : « *bien que la notion de service public soit peut être l'une de celles qui aurait le plus besoin d'être dessinée d'une main un peu ferme, sa redéfinition n'a jamais tenté le juge constitutionnel qui prend le droit tel qu'il est.* ***Comme contrôleur, il doit rechercher si le régime de l'institution ainsi contrôlée ne heurte point une exigence de nature constitutionnelle. Mais il n'a pas à aller plus loin notamment en répondant à toutes les questions que posent les contradictions ou les insuffisances de la notion de service public*** ». Il ajoute pour finir, « *le service public en tant que tel n'intéresse pas le juge constitutionnel* ». Voir G. Vedel, « Propos d'ouverture », *in* B. Mathieu, M. Verpeaux (Dir.), *La constitutionnalisation des branches du droit*, Paris, Economica, 1998, p. 15. Dans le même sens, voir G. Vedel, « Réflexions sur quelques apports de la jurisprudence du Conseil d'Etat à la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Mélanges René Chapus*, Paris, Montchrestien, 1992, p. 661 : à la question de savoir si le Conseil constitutionnel doit définir une notion de service public au niveau constitutionnel, Georges Vedel répond qu' « *il suffit de constater que, dans aucune des espèces où il a rencontré la notion de service public, la décision qui lui incombait n'exigeait la définition du service public* ». Voir enfin, G. Vedel, « La manière dont les saisines sont perçues par les membres du Conseil », *in* Association française des constitutionnalistes, *Vingt ans de saisine parlementaire du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1995, p. 63 : à propos de la rédaction des décisions du Conseil constitutionnel « ***le conseil ne rédige pas en parties, en titres et en chapitres comme une thèse- cela ferait sourire, et l'on dirait qu'une décision de justice n'est tout de même pas un ouvrage de doctrine*** ».

A l'inverse, un courant doctrinal plus récent déplore le laconisme du juge à propos des décisions rendues à la suite d'une question prioritaire de constitutionnalité, voir F. Rolin, « Pour un « discours sur la méthode » du contrôle de constitutionnalité par voie d'exception », *AJDA*, 2010, p. 2384 ; W. Sabète, « De l'insuffisante argumentation des décisions du Conseil constitutionnel », *AJDA*, 2011, p. 885.

Titre 2/ La tournure empirique et contentieuse du droit constitutionnel

Pour l'heure, les conséquences de l'empirisme du juge constitutionnel sont de deux ordres, selon que l'on se place du côté du droit ou de côté de la science du droit. Du côté du droit, on assiste à une fragilisation et à une complexité croissante des règles de droit constitutionnel en vigueur. Si ce constat vaut pour la Constitution, la jurisprudence du Conseil constitutionnel, source du droit à part entière, accentue ce phénomène. D'ailleurs, dès lors qu'il apparaît délicat de connaitre avec précision les règles de droit constitutionnel, c'est le législateur, au premier chef, qui subit les conséquences d'une incertitude croissante des règles qui hiérachiquement le contraingent (Chapitre 1). Du côté de la science du droit ensuite, la coloration contentieuse et appliquée de la discipline se traduit par des principes particuliers et contingents (Chapitre 2).

Chapitre 1/ Une fragilisation des règles de droit constitutionnel en vigueur sous l'effet de la jurisprudence empirique du Conseil constitutionnel

La tournure jurisprudentielle du droit constitutionnel contemporain est source d'incertitude et fait perdre à la règle de droit constitutionnel ses vertus de stabilité. En effet, si une complexification croissante des règles de droit constitutionnel, dont la jurisprudence fait partie intégrante, est patente, il n'en demeure pas moins que ce thème comme celui lié à la simplification du droit constitutionnel, n'apparaissent que très rarement dans le discours des pouvoirs publics, du juge constitutionnel ou de la doctrine.

Il est assez éclairant à cet égard, de constater, que si le récent comité de réflexion sur la modernité des institutions de la Ve République présidé par M. Balladur, a jugé utile d'émettre un certain nombre de propositions afin d'améliorer le travail législatif, l'évolution de la lisibilité des règles de nature constitutionnelle n'est pas évoquée en tant que telle[1971]. Parallèlement, l'appréhension du thème sécurité juridique[1972] par les membres du Conseil constitutionnel[1973] va dans ce sens. Si, comme le souligne M. Dutheillet de Lamothe, « *l'exigence de sécurité juridique apparaît* (…) *comme une référence implicite majeure du contrôle de constitutionnalité des lois aujourd'hui*[1974] », seule la loi est concernée par cette exigence. Plus précisément, si la défense des objectifs liés au principe de sécurité juridique par le Conseil constitutionnel lors du contrôle de constitutionnalité des lois est fréquemment mise en valeur par la doctrine[1975], jamais le principe de sécurité juridique n'est mis en perspective avec la Constitution ou avec la jurisprudence du Conseil constitutionnel[1976].

[1971] Voir le site du Comité à l'adresse suivante : www.comite-constitutionnel.fr.

[1972] Caractéristique à cet égard, est la publication au sein des Cahiers du Conseil constitutionnel, d'études sur le traitement de la notion de sécurité juridique par le juge, où nulle mention n'est faite de la Constitution ou de la jurisprudence constitutionnelle. Voir les études réunies et présentées par M. Mathieu sur le principe de sécurité juridique et publiées dans le numéro 11 des *Cahiers du Conseil constitutionnel* en 2001, disponible sur le site du Conseil constitutionnel à l'adresse suivante : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-11/.

[1973] Voir notamment, l'intervention de M. Mazeaud, à l'occasion des traditionnels échanges de vœux avec le Chef de l'Etat pour l'année 2007, disponibles sur le site du Conseil constitutionnel: http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/pdf_cahiers/cccc18.pdf.

[1974] O. Dutheillet de Lamothe, « La sécurité juridique. Le point de vue français », Exposé à l'occasion de l'accueil des hauts magistrats brésiliens, le 20 septembre 2005, http://www.conseil-constitutionnel.fr.

[1975] Voir pour un autre exemple, F. Luchaire, « La sécurité juridique en droit constitutionnel français », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2001, n° 11, p. 100.

[1976] Pour un dernier exemple enfin, à l'occasion d'un colloque en 2004 à Aix-en-Provence relatif à la « *simplification du droit* », on trouve des communication en droit des contrats, de la famille, en droit fiscal ou en droit des étrangers, mais rien sur le droit constitutionnel, à l'exception peut être de façon incidente, du droit de l'Union européenne[1976]. En ce sens, le Professeur Pontier précise en introduction de ce colloque que la tendance à une complexité croissante des règles de droit « *vaut aussi bien pour le droit de la famille que pour le droit pénal, pour le droit administratif que pour le droit des sociétés, sans oublier, entre autres, le droit fiscal (...)* ». Voir J-M. Pontier (Dir.), *La simplification du droit*, Aix-Marseille, PUAM, 2006, 378 p.

En réalité, la question de la forme du droit (englobant la lisibilité, la clarté ou la stabilité), est rattachée le plus souvent aux exigences générales soit de l'Etat de droit, soit à celles plus particulières qui découlent du principe de sécurité juridique. Ainsi, parvenu depuis peu à soumettre l'ensemble des pouvoirs publics au respect du droit et notamment le législateur, l'Etat de droit, en France ne semble pas pour l'heure, imposer d'exigence particulière s'agissant de la lisibilité et de la stabilité des règles de droit constitutionnel[1977]. D'ailleurs, pris isolément[1978], le principe de sécurité juridique, l'un des corollaires de l'Etat de droit[1979], n'impose pas davantage une meilleure lisibilité des dispositions de nature constitutionnelle (Section 1).

Pourtant, les conséquences d'une fragilisation accrue des règles constitutionnelles, sous l'effet de la jurisprudence, se font d'ores et déjà sentir en pratique et le défaut de stabilité peut se mesurer tant du côté des saisissants du Conseil constitutionnel que de celui du législateur constituant ou ordinaire (Section 2).

[1977] Si l'Etat de droit suppose l'encadrement juridique de l'ensemble des activités des pouvoirs publics et sa garantie effective par le contrôle du juge, la notion signifie également aujourd'hui un ensemble d'autres principes, au nombre duquel celui de sécurité juridique : la règle de droit, relève M. le Professeur Jacques Chevallier, « *doit constituer pour les destinataires un cadre clair, précis, stable, qui leur apporte les éléments de certitude nécessaires et leur donne la possibilité de prévoir les conséquences de leurs actes ; garantie contre l'arbitraire, la sécurité juridique apparaît comme une exigence fondamentale de l'Etat de droit* ». Voir J. Chevallier, « Etat de droit », *in* J. Andriantsimbazovina, H. Gaudin, J-P. Marguénaud et *alii* (Dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2008, p. 308.

[1978] Voir, sur ce point, A-L. Valembois, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique*, th., Paris, LGDJ, 2005, p. 28: « *initialement conçue comme consubstantielle à l'Etat de droit, la sécurité juridique tend à s'en émanciper, eu égard à l'insécurité nécessairement sécrétée par tout système juridique, fut- il conçu sur le modèle de l'Etat de droit, et qui tend à augmenter en raison de la complexification des sociétés modernes* ».

[1979] Voir J. Rivero, « Etat de droit, état du droit », *Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, p. 609. Afin de remplir sa finalité première, « *la protection du citoyen contre l'arbitraire* », relève Jean Rivero, l'Etat de droit doit reposer sur des règles connaissables et accessibles. Dans le même sens, Mme Valembois considère que la sécurité juridique est une « *exigence inhérente à l'Etat de droit.* » Voir A-L. Valembois, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique*, *op.cit.*, p. 31. Voir, également, L. Favoreu et *alii*, *Droit des libertés fondamentales*, 5e éd., Paris, Dalloz, 2009, p. 356.

En Allemagne par exemple, la Cour constitutionnelle fédérale a déduit directement de la notion d'Etat de droit, celle de sécurité juridique. Voir sur ce point, M. Fromont, « République fédérale d'Allemagne. L'Etat de droit », *RDP*, 1984, p. 1212. Voir, également sur ce point, W. Zimmer, « Allemagne », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1999, p. 91: « *dans le droit constitutionnel allemand, la sécurité juridique est considérée comme un principe, plus précisément comme un impératif ayant une valeur constitutionnelle. Il ne s'agit cependant pas d'une valeur propre, mais dérivée du principe général de l'Etat de droit au sens de la Loi fondamentale. Le principe de sécurité juridique est un élément essentiel, avec l'équité, le principe de l'Etat de droit et a, par conséquent, comme tous les éléments structurants de la notion d'Etat de droit une valeur constitutionnelle* ».

Section 1/ L'absence d'exigence générale de lisibilité des règles de nature constitutionnelle

Systématisé en France comme impliquant à titre principal la soumission de l'Etat au droit, l'Etat de droit est aujourd'hui pratiqué dans sa forme quasi complète depuis l'introduction d'un contrôle de constitutionnalité des lois. Plus précisément, l'activité du Conseil constitutionnel implique dorénavant la garantie de la prééminence de la Constitution au sein de l'ordre juridique[1980] au travers du respect par le législateur, des dispositions de nature constitutionnelle dont celles relatives aux droits et libertés. Longtemps ignoré, un tel contrôle permet alors de considérer que, conformément aux exigences essentielles de l'Etat de droit, ce sont l'ensemble des normes qui sont tenues au respect des règles qui leurs sont hiérarchiquement supérieures. (§1)

Pourtant, si sous cet angle la mise en place d'un contrôle de constitutionnalité des lois constitue une condition essentielle de l'objectif de soumission de la volonté des gouvernants au droit, le développement de la jurisprudence constitutionnelle peut s'avérer en même temps néfaste pour d'autres caractéristiques d'un Etat de droit. En effet, en faisant de la Constitution une œuvre en constante évolution[1981], l'activité du Conseil constitutionnel tend à fragiliser par là-même, la stabilité et la prévisibilité des règles de droit constitutionnel[1982].
L'instabilité et la complexification croissante des règles de droit constitutionnel, dont font partie celles tirées de la jurisprudence, s'avèrent d'autant plus préoccupante que prises isolément, les exigences liées au principe de sécurité juridique ne s'appliquent pas pour l'heure, aux règles de nature constitutionnelle (§2).

[1980] Voir J. Chevallier, *L'Etat de droit*, 4e éd., Paris, Montchrestien, coll. Clefs, 2003, p. 81 : « *Le contrôle de constitutionnalité des lois est (…) la condition essentielle de l'Etat de droit puisqu'il garantit la suprématie effective de la Constitution, acte juridique suprême sur lequel s'appuie l'ordre juridique tout entier : en son absence, la Constitution n'a plus qu'une portée symbolique et l'édifice normatif se trouve déstabilisé* ».

[1981] Voir sur ce point, D. Rousseau, « Les transformations du droit constitutionnel sous la Ve République », *RDP*, 1998, p. 1780 ; D. Rousseau, « Une résurrection : la notion de Constitution », *RDP*, 1990, p. 5.

[1982] Cet aspect n'est pas nouveau, il est mis en valeur dès 1975 par Walter Leisner. Voir W. Leisner, « L'Etat de droit- Une contradiction ? », *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1975, p. 68 : « *Est- elle vraiment cohérente, cette notion de Rechtsstaatlichkeit, arrive t-on avec elle à ce règne de confiance et de clarté qu'elle nous promet – ou serait- elle peut-être créatrice de nouvelles formes d'imprévisibilité, d'une clarté purement factice ? Risque-t-on de perdre avec elle ou par elle exactement ce qu'elle est censée apporter ? Voici des questions qui nous conduisent au centre du problème crucial, lié à la conception même de l'Etat de droit – serait-il une contradiction en soi, engendre-t-il sa propre mort ?* » Il ajoute que « *si l'Etat de droit n'est pas une contradiction en termes, il comporte de multiples effets contradictoires* ».

§1/ Le concept d'Etat de droit en France: contraindre juridiquement l'Etat au respect du droit

Puisant ses racines au sein de la science juridique allemande[1983], le concept d'Etat de droit en France[1984], malgré les difficultés pour le définir de façon homogène[1985], peut être identifié au travers de deux moments : au début du XXe siècle[1986] et à partir des années 1970[1987]. Plus précisément, l'Etat de droit apparaît dans la littérature classique nationale au début du XXe Siècle (A), avant d'être repris par la doctrine contemporaine compte tenu du développement de la justice constitutionnelle autour des années 1970[1988] (B).

A/ La doctrine française classique et le concept d'Etat de droit : conceptualiser le libéralisme politique

Au travers de la pensée classique du début du XXe siècle, le concept d'Etat de droit signifie à titre principal la nécessaire soumission de l'Etat au droit. Impliquant d'interroger la façon dont l'Etat peut être contraint effectivement au respect du droit, la doctrine insiste sur le rôle des

---

[1983] Voir, not. sur ce point, « *Etat de droit* », *in* O. Duhamel, Y. Mény (Dir.), *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, PUF, 1992, p. 415 et suiv ; J. Chevallier, « Etat de droit », *in* J. Andriantsimbazovina, H. Gaudin, J-P. Marguénaud et alii (Dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2008, p. 307; L. Heuschling, *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, th., Paris, Dalloz, 2002, 470 p.; O. Jouanjan (Dir.), *Figures de l'Etat de droit*, Strasbourg, PUS, 2001, 410 p.

[1984] Sur les définitions de la notion, voir, par exemple, D. Rousseau, « L'Etat de droit est-il un Etat de valeurs particulières ? », *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs*, *Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Paris, Dalloz, 2003, p. 885. ; M. Troper, « Le concept d'Etat de droit », *Droits*, 1992, n° 1, p.51. Voir, par ailleurs, pour une vue d'ensemble sur l'Etat de droit, L. Heuschling, *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, *op.cit.*

[1985] Sur ce point, voir D. Rousseau, « L'Etat de droit est-il un Etat de valeurs particulières ? », *op. cit.*, p. 885. Voir, également, B. Luisin, « Le mythe de l'Etat de droit », *in Etat, société et pouvoir à l'aube du XXIe Siècle*, Mélanges en l'honneur de François Borella, Presses Universitaires de Nancy, 1999, p. 249 : « *La littérature juridique et le discours politique sont, depuis deux décennies, progressivement envahies par des références à l'Etat de droit. Tout projet, toute réforme, modeste ou d'envergure, s'accompagnent d'une appréciation tendant à les légitimer ou à les condamner au regard de ce qui paraît être devenu l'idéal suprême de la fin du XXe Siècle* ». C. Goyard, « Etat de droit et démocratie », *Mélanges René Chapus*, Paris, Montchrestien, 1992, p. 299 : « *L'Etat de droit est une notion dont s'emparent le langage ordinaire, les professionnels de la politique, les moyens de diffusion de l'information. Il y a ainsi une vogue, un emballement pour l'expression et pour la chose, devenue mythe* (…) ».

[1986] L'émergence tardive du thème de l'Etat en France est liée, pour la doctrine, à une méfiance historique à l'égard du pouvoir judiciaire et aux risques de gouvernement des juges. Voir, par exemple, Voir B. Barret-Kriegel, « L'Etat et le droit », *in* D. Colas (Dir.), *L'Etat de droit. Travaux de la mission sur la modernisation de l'Etat*, Paris, PUF, 1987, p. XXI : « *La méfiance à l'égard du gouvernement des juges a peut- être longtemps entravé les progrès de l'Etat de droit – Qui juge les juges ? Qui garde les gardiens ?* »

[1987] Voir sur ce point, L. Heuschling, *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, *op.cit.*, p. 375.

[1988] L'acception de « *l'Etat de droit* » demeure néanmoins sensiblement identique tout au long du XXe siècle, alors même que M. le Professeur Jouanjan range « *l'Etat de droit* » parmi les concepts qui ne sont pas des « *invariants* ». Voir O. Jouanjan, « Etat de droit », *in* D. Alland, S. Rials (Dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 649.

juridictions capables de sanctionner une éventuelle violation des règles juridiques (1). Pour cette raison, malgré l'existence d'un contrôle de légalité des actes administratives auprès des juridictions administratives, l'absence de juridiction capable d'exercer un contrôle de constitutionnalité des lois, implique que les exigences de l'Etat de droit ne sont qu'imparfaitement réalisées (2).

1/ La théorie de la soumission de l'Etat au droit, au prisme du principe de légalité au début du XXe siècle

Au contraire de certains Etats européens, notamment en Allemagne[1989], aucune disposition de nature constitutionnelle n'abrite la notion d'Etat de droit, sauf à admettre une consécration implicite à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen au terme duquel « *toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée n'a point de Constitution* ». Par ailleurs, la notion d'Etat de droit ne constitue pas davantage un principe jurisprudentiel puisqu'elle n'apparaît pour l'heure, dans aucune décision du Conseil constitutionnel. Ainsi, c'est sur le seul fondement du discours doctrinal que la notion d'Etat de droit est consacrée en France.

Le premier auteur qui s'est attaché à conceptualiser la notion d'Etat de droit est Léon Duguit[1990]. Précisément, au sein du Tome 3 de son « *Traité de droit constitutionnel* [1991]», on trouve un paragraphe intitulé « *l'Etat et le droit*[1992] », introduit de la façon suivante : « *Toutes les études qui forment l'objet du présent ouvrage sont dominés par cette idée, à mes yeux fondamentale, que l'Etat est subordonné à une règle de droit supérieure à lui-même, qu'il ne crée pas et qu'il ne peut pas violer*[1993] ».
D'une façon générale[1994], Léon Duguit s'efforce de montrer la nécessité d'un droit supérieur à l'Etat, c'est-à-dire un ensemble de règle capable d'encadrer son activité. L'Etat de droit, en

[1989] Voir, sur ce point, W. Leisner, « L'Etat de droit-une contradiction ? », *op. cit.*, p. 65. Plus récemment, voir E. Carpano, *Etat de droit et droits européens*, th., Paris, L'Harmattan, 2005, p. 197 et suiv.
[1990] L. Heuschling , *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, *op.cit.*, p. 376.
[1991] L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, vol. 3, Paris, de Brocard, 1930, p. 547.
[1992] *Ibid*.
[1993] *Ibid*.
[1994] *Ibid.* : « *Peu importe la notion que l'on se forme de l'Etat, qu'on y voie la personnification juridique de la collectivité, comme l'enseigne la doctrine métaphysique, qu'on y voie que le produit d'une différenciation entre gouvernants et gouvernés et une coopération de services publics, fonctionnant sous la direction et le contrôle des gouvernants, comme l'enseigne la doctrine réaliste, peu importe, il faut affirmer énergiquement et*

d'autres termes, tel qu'il est analysé par Duguit signifie d'abord la soumission de l'Etat au droit et davantage, à un droit qui lui est supérieur et extérieur[1995]. D'ailleurs, la notion d'Etat de droit est explicitée en ce sens, celui de la limitation de l'Etat au droit, par Maurice Hauriou à la même époque, puisqu'il considère qu'il s'agit de « *la subordination du pouvoir de domination à l'Ordre juridique*[1996] ».

Ainsi, l'apparition de l'Etat de droit en France correspond à la nécessité de s'opposer à l'arbitraire du pouvoir[1997] au travers de l'encadrement juridique de l'Etat[1998].
Pour illustrer cet aspect, l'opposition établie par Carré de Malberg, le second grand auteur qui s'est intéressé à l'Etat de droit en France à cette époque, entre « *l'Etat de droit* » et « *l'Etat de police* » est éclairante. S'agissant de l'Etat de police, il est identifié par Carré de Malberg comme « *celui dans lequel l'autorité administrative peut, de façon discrétionnaire et avec une liberté de décision plus ou moins complète, appliquer aux citoyens toutes les mesures dont elle juge utile de prendre par elle- même l'initiative, en vue de faire face aux circonstances et d'atteindre à chaque moment les fins qu'elle se propose*[1999] ». Essentiellement, relève l'éminent auteur, l'Etat de droit s'oppose à l'Etat de police en ce qu'à la libre discrétion, les autorités étatiques doivent dans l'intérêt des citoyens, se conformer au droit positif en vigueur[2000]. Pour reprendre une formule utilisée plus tard par Walter Leisner sur ce point,

---

inlassablement que l'activité de l'Etat dans toutes ses manifestations est limitée par un droit supérieur à lui, qu'il y a des choses qu'il ne peut pas faire, qu'il y en a qu'il doit faire ».

[1995]Sur ce point, Duguit rejette la doctrine allemande de l'Etat, maître de la création du droit et de l'autolimitation. *Ibid.*, p. 548.

[1996] M. Hauriou, *Principes du droit public*, 2e éd., Paris, Sirey, 1916, p. 17.

[1997] Voir en ce sens, la définition d'un régime qui ne consacre pas un Etat de droit par M. le Professeur Goyard : « *système dont les organes appliquent, ou n'appliquent pas, ou modulent l'application des règles de droit, quand elles existent, adéquates ou induites, au gré de leur convenance et de circonstances ; tout au moins en fonction des appréciations qu'ils estiment pouvoir donner librement quant aux situations, finalités, intérêts - intérêts particuliers ou partisans, qui ne sont pas a priori illégitimes – qu'ils veulent bien prendre en considération* ».

[1998] Pour reprendre les termes du Professeur Heuschling sur ce point, le concept originel d'Etat de droit au début du XXe siècle « *signifie la soumission de l'Etat au droit*. » Voir L. Heuschling, *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, *op. cit.*, p. 391. Voir également, J. Chevallier, « Etat de droit », *in* J. Andriantsimbazovina, H. Gaudin, J-P. Marguenaud et *alii*, *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2008, p. 307 : « *Donnant à voir un pouvoir limité parce qu'assujetti à des règles, il implique que les gouvernants ne soient pas placés au-dessus des lois, mais exercent une fonction encadrée et régie par le droit* ».

[1999] R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat, spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français* (1920), Paris, Dalloz, 2004, p. 488. Voir, également, F. Hamon, M. Troper, *Droit constitutionnel*, 29e éd., Paris, LGDJ, 2005, p. 78.

[2000] Voir, sur ce point, J. Rivero, « Etat de droit, état du droit », *Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, p. 609. « *L'Etat de droit, c'est celui dans lequel la toute puissance du pouvoir trouve sa limite dans la règle juridique qu'il est tenu de respecter. Comme toute institution, il répond à une finalité. Ici, la finalité n'est pas douteuse : c'est la protection du citoyen contre l'arbitraire* ».
Cette distinction est aujourd'hui reprise au sein des manuels de droit administratif. Voir, par exemple, J. Waline, *Droit administratif*, 23e éd., Paris, Dalloz, 2010, p. 37 ; P-L. Frier, *Précis de droit administratif*, 3e éd., Paris, Montchrestien, 2004, p. 24 et suiv.

« *L'Etat de droit, c'est le normativisme. Ce n'est pas le Gouvernement des Hommes, c'est le Règnes des Normes*[2001] ».

Cependant, au travers du thème de l'Etat de droit, il ne faut pas simplement défendre l'idée selon laquelle l'activité de l'Etat doit se conformer au droit mais davantage se demander comment limiter effectivement l'action de l'Etat par le droit, dès lors que ce dernier détient le monopole de la sanction en cas de méconnaissance des règles de droit[2002].

D'abord, s'agissant de Léon Duguit, c'est la théorie singulière du droit qu'il défend de façon homogène au travers de l'ensemble de sa pensée, qui offre une première réponse. En effet, pour Duguit, la règle de droit ne correspond pas seulement à celle qui implique une contrainte matérielle effective mais le caractère obligatoire du droit est tiré de son enracinement au sein de la conscience nationale[2003]. Ainsi, le fondement de la règle de droit ne provient pas de la volonté d'une personne mais de la volonté de la majorité des citoyens. Traduction du sentiment de solidarité sociale, la loi existe dans la conscience du peuple avant même d'être édictée.

Dès lors, peu importe la forme que peut revêtir cette règle, qu'elle soit écrite ou coutumière, c'est toujours le sentiment de justice et de solidarité qui lui donne son caractère obligatoire. En ce sens, Duguit considère dans le Tome 1er de son *Traité* relatif à la règle de droit, que « *l'homme vivant en société est soumis à une règle sociale, norme juridique, règle de droit, droit objectif, peu importe. Cette norme, qu'elle soit simplement perçue par la conscience des individus, qu'elle ait déjà sa reconnaissance et sa mise en œuvre dans la coutume, qu'elle soit formulée et sanctionnée par la loi écrite et positive, peu importe*[2004] ».

C'est donc sur la base de cette définition du droit que Duguit peut défendre l'idée d'un droit supérieur à l'Etat. La volonté des gouvernants devient légitime si elle est exprimée conformément à la solidarité sociale[2005].

[2001] W. Leisner, « L'Etat de droit-une contradiction ? », *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1975, p. 65.

[2002] Voir L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, *op.cit.*, p. 549 :« *L'Etat, dis- je, est limité par le droit, oui. Mais quelle sera la sanction de cette limitation ; peut- il y en avoir, puisque l'Etat, par définition, détient le monopole de la puissance de contrainte dans un pays donné, et que s'il viole le droit, il ne peut pas exercer cette force contre lui- même pour assurer une répression ? Donc dire que l'Etat est limité par le droit, c'est énoncer une formule d'école et rien de plus* ».

[2003] Voir *Supra*, 1re partie, titre 1, chapitre 2.

[2004] L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, *op.cit.*, p. 201.

[2005] *Ibid.*, p. 12 : « *Si la constatation directe des faits ne nous permet pas de saisir l'existence d'un pouvoir appartenant à la volonté humaine ou à certaines volontés, elle nous révèle, au contraire, directement l'existence d'une loi s'imposant aux hommes vivant en société. Cette loi est tout simplement celle qui les oblige à vivre en société, parce que, étant donnée leur nature, ils ne peuvent pas ne pas vivre en société. Par cela seul qu'il y a des sociétés humaines, et il ne peut pas ne pas y en avoir, étant donné qu'il y a des hommes, il y a une loi*

Plus généralement, par-delà toute thèse singulière sur le droit, la limitation du pouvoir de l'Etat est assurée par le biais du principe de légalité, qui permet de faire dépendre l'adoption d'une règle de droit à sa conformité avec celle qui lui est hiérarchiquement supérieure[2006]. En d'autres termes, la limitation d'une volonté arbitraire exprimée au travers d'une décision individuelle est assurée par son rattachement à une norme générale supérieure[2007].

En pratique, le principe de légalité concerne essentiellement la soumission des actes administratifs aux prescriptions des lois générales et la possibilité d'exercer un recours pour excès de pouvoir[2008] en cas de doute sur la légalité de ces actes[2009]. Pour reprendre les termes de Maurice Hauriou sur ce point, « *il faut absolument incorporer à la théorie de l'état de droit, la théorie de la légalité, c'est-à-dire la concurrence entre les diverses formes du droit et de leur équilibre final sous l'hégémonie de la loi*[2010] ». Ainsi, les exigences de l'Etat de droit supposent que l'administration est tenue d'agir dans le cadre des lois[2011] et qu'en cas de doute sur la légalité d'un acte, les administrés puissent contester cet acte devant une juridiction[2012]. D'ailleurs, si les effets de l'Etat de droit tendent à garantir le respect de la légalité des actes administratifs, Raymond Carré de Malberg distingue un autre régime, celui de « *l'Etat légal*[2013] ». Ce qui caractérise en substance la notion d'Etat légal, telle qu'elle apparaît chez

---

sociale ». Duguit ajoute, p. 111 : « *L'homme, ai-je dit, vit en société et ne peut vivre qu'en société ; par là, il est soumis à une règle de conduite, qui est sociale par son fondement, individuelle dans son application, une règle qui ne peut pas ne pas exister parce qu'elle est impliquée par la société elle-même. Une société ne pourrait exister s'il n'y avait pas une discipline sociale, si une règle ne défendait pas certaines choses et n'ordonnait pas certaines autres aux individus qui la composent. Cette règle est règle de droit quand la masse des consciences individuelles comprend qu'elle doit avoir une sanction sociale* ».

[2006] *Ibid*., p. 554 « *On peut le* (le principe de légalité) *formuler en des termes très simples et que voici : il n'est pas un organe de l'Etat qui puisse prendre une décision individuelle qui ne soit conforme à une disposition par voie générale antérieure* ».

[2007] W. Leisner, « L'Etat de droit-une contradiction ? », *op. cit.*, p. 66.

[2008] L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 553: « *pour que le principe de légalité puisse produire tous ses effets, il faut admettre un second principe qui le complète et qui est aussi indispensable parce que, s'il n'est pas respecté, le principe de légalité est réduit à néant. Dans tout pays civilisé, vivant sous un régime de droit, il faut qu'il y ait des juridictions fortement organisées, composées d'hommes compétents et absolument indépendants du pouvoir politique* ».

[2009] *Ibid.* « *J'ai déjà montré que nulle part, mieux qu'en France, ce principe n'est appliqué et n'a reçu une sanction plus énergique et plus efficace grâce à l'ouverture si large du recours pour excès de pouvoir* ».

[2010] M. Hauriou, *Principes du droit public*, 2e éd., Paris, Sirey, 1916, p. 17.

[2011] Voir L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 552 : « *Aussi dirai-je que l'Etat moderne, en tant qu'il administre et qu'il juge, ne peut agir que conformément à la loi ; il est lié par la loi en ce sens que ses agents administratifs et juridictionnels ne peuvent faire aucun acte qui ne soit permis ou ordonné par la loi, en ce sens que tout acte fait en violation de la loi est nul, que tout acte fait afin de créer une obligation à la charge de l'Etat peut être partie devant ses propres juridictions et se trouve lié comme tout simple citoyen par leurs décisions* ». Voir, également sur ce point, R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat, spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, *op. cit.*, p. 488 et suiv.

[2012] *Ibid.*, p. 489.

[2013] Sur cette distinction, voir L. Heuschling, *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, *op.cit.*, p. 405 et suiv. Voir, également, M-J. Redor, *De l'Etat légal à l'Etat de droit. L'évolution des Conceptions de la Doctrine Publiciste Française (1879- 1914)*, th., Paris, Economica, 1992, 389 p ; M. Troper, « Le concept d'Etat de droit », *Droits*, 1992, p. 51; J. Chevallier, *L'Etat de droit*, 4e éd., Paris, Montchrestien, 2003, p. 30 et suiv.

Carré de Malberg, c'est la nécessaire subordination de l'autorité administrative à une loi d'habilitation antérieure. Plus précisément, l'Etat légal est celui dans lequel l'acte administratif est un acte d'application d'une loi générale[2014] et il vise à rendre compte en pratique, du rapport entre le pouvoir législatif et l'administration. Finalement, si l'Etat de droit impose à l'administration d'agir dans le respect des lois, l'Etat légal subordonne l'acte administratif à une loi antérieure d'habilitation.

Par conséquent, l'Etat de droit a un rayonnement plus étendu que l'Etat légal puisque dans le premier cas, le législateur lui-même, doit respecter les normes de valeur constitutionnelle[2015]. Afin d'illustrer, en pratique, la réalité du système de l'Etat légal en France, Carré de Malberg utilise l'article 3 de la Constitution du 25 février 1875, au terme duquel le « *Président de la République* (…) *surveille et assure l'exécution des lois*[2016] ».

Il reste que c'est au travers du principe de légalité que l'Etat de droit est surtout matérialisé chez Duguit comme chez Carré de Malberg, celui qui suppose que l'administration est tenue au respect de la loi et qui permet de former un recours pour excès de pouvoir devant les juridictions administratives.

Pour autant, dès lors qu'il n'existe pas de contrôle de constitutionnalité des lois en France, la loi demeure souveraine et les garanties de l'Etat de droit ne sont qu'imparfaitement respectées[2017].

2/ Le problème de la souveraineté de la loi au début du XXe siècle : « un Etat de droit imparfait »

Reprenant à son compte l'analyse des limites effectives à l'exercice de la puissance étatique souveraine, c'est conformément à une lecture positiviste, que la question est traitée par

---

[2014] Voir R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat, spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, *op. cit.*, p. 490. La définition de l'Etat légal retenue par Carré de Malberg, est celle d'un « *Etat dans lequel tout acte de puissance administrative présuppose une loi à laquelle il se rattache et dont il soit destiné à assurer l'exécution* ».

[2015] *Ibid*., p. 492.

[2016] Voir le texte de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, disponible sur le site internet de l'université de Perpignan, à l'adresse suivante : http://mjp.univ-perp.fr/france/co1875.htm#pp.

[2017] Voir sur ce point, L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 553: « *pour que le principe de légalité puisse produire tous ses effets* (…) *il faut que tous les organes publics, quels qu'il soient, depuis le parlement jusqu'au plus modeste des conseils locaux, depuis le Chef de l'Etat jusqu'au plus humble des agents, s'inclinent devant elle* ».

Raymond Carré de Malberg dans sa *Contribution à la théorie générale de l'Etat*[2018]. Contrairement à Léon Duguit, Carré de Malberg adhère à la théorie allemande de l'autolimitation au terme de laquelle l'Etat est limité selon sa volonté propre[2019]. Cette conviction découle directement de l'idée selon laquelle Carré de Malberg n'admet de droit, que celui produit par l'Etat et réfute au nom du positivisme juridique, l'existence de règles qui pourraient lui être extérieures[2020]. Pour le démontrer juridiquement, le juriste de Strasbourg rappelle que la Constitution, en prévoyant les règles d'organisation et de fonctionnement des pouvoirs publics, réalise cet objectif de limitation de la puissance souveraine même si la Constitution est le fruit de la volonté de cette même puissance. Sur ce point, il relève, directement à l'encontre de la théorie du droit produit de la solidarité nationale de Duguit ou de toute autre théorie qui croit en l'existence du droit naturel[2021], que « *si l'ordre juridique et l'organisation statutaire de l'Etat souverain reposent sur sa propre volonté, les limitations de sa puissance qui résultent de cette organisation ou de cet ordre juridique, découlent pareillement de cette même volonté*[2022] ».

Par extension, l'Etat de droit défini par Carré de Malberg, signifie « *un Etat qui, dans ses rapports avec ses sujets et pour la garantie de leur statut individuel, se soumet lui-même à un régime de droit, et cela en tant qu'il enchaîne son action sur eux par des règles, dont les unes déterminent les droits réservés aux citoyens, dont les autres fixent par avance les voies et moyens qui pourront être employés en vue de réaliser les buts étatiques*[2023] ». Ainsi, considère Carré de Malberg, les règles définissant le fonctionnement des institutions et celles qui consacrent les droits et libertés, constituent les deux grandes limites au niveau constitutionnel, à l'exercice du pouvoir[2024]. Il s'agit de l'application de la théorie du constitutionnalisme classique telle qu'élaborée depuis la période révolutionnaire[2025].

Enfin, s'agissant toujours des règles capables de contraindre l'Etat au respect du droit constitutionnel, Léon Duguit introduit, et rejoint finalement Carré de Malberg en ce sens, la

---

[2018] R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat, spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, *op. cit.*

[2019] Voir, également, M. Hauriou, *Principes du droit public*, 2e éd., Paris, Sirey, 1916, p. 31.

[2020] Voir R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat, spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, *op.cit.*, p. 231.

[2021] *Ibid.*, p. 236 et suiv.

[2022] *Ibid.*, p. 233-234. Il ajoute : « *C'est en ce sens qu'il y a lieu de considérer comme justifiée et comme conforme à la réalité des faits la théorie contemporaine de l'auto-limitation* ».

[2023] *Ibid.*, p. 489.

[2024] A propos de la séparation des pouvoirs par exemple, *Ibid.*, p. 2 et suiv.

[2025] Sur ce point, voir J. Chevallier, « Les aspects idéologiques de l'Etat de droit », *in* Société française pour le droit international (Dir.), *L'Etat de droit en droit international*, Paris, Pedone, 2009, p. 69.

notion de « *sanction préventive* » par opposition à celle de « *sanction répressive*[2026]». Par sanction préventive, il entend montrer que l'ensemble des règles de nature constitutionnelle permet de limiter en amont, les risques d'une violation du droit par l'Etat[2027]. Notamment, la consécration des droits et libertés depuis la Déclaration de 1789, droits antérieurs et supérieurs à l'Etat, implique que les pouvoirs publics doivent toujours s'efforcer d'agir dans le respect et la préservation de ces droits[2028]. S'agissant des modalités d'organisation du pouvoir politique, elles réalisent une conciliation harmonieuse entre l'exercice du pouvoir et le respect de la liberté politique[2029]. Dans le même sens, Maurice Hauriou qualifie la Constitution d'instrument de « *modération du pouvoir*[2030] » et souligne plus particulièrement à cette fin, le principe de séparation des pouvoirs.

Par conséquent, au travers de la pensée classique du début du XXe Siècle, l'Etat de droit au niveau constitutionnel, se manifeste dans les règles qui organisent le fonctionnement des pouvoirs publics et qui garantissent les droits et libertés individuelles[2031]. Il s'agit de penser l'organisation du pouvoir dans une juste conciliation avec la préservation et la garantie des droits et libertés des citoyens[2032]. Davantage, l'existence d'un l'Etat de droit en France est très liée à celles de droits et libertés dans la mesure où ils tendent à limiter l'action de l'Etat. En ce sens, Adhémar Esmein qui n'évoque pas la notion d'Etat de droit en tant que telle dans son manuel, montre néanmoins que les droits individuels ont tous en commun d'encadrer l'exercice du pouvoir. Il relève alors, au titre des limitations objectives de l'exercice du pouvoir, que « *les droits individuels limitent les droits de l'Etat, mais ne lui imposent aucun service positif, aucune prestation au profit des citoyens. L'Etat doit s'abstenir de certaines immixtions, pour laisser libre l'activité individuelle*[2033] ».

[2026] L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 550.
[2027] Léon Duguit évoque notamment le régime parlementaire qui selon lui, « *n'a d'autre but que de protéger l'individu contre l'omnipotence de l'Etat* ». *Ibid*., p. 551.
[2028] *Ibid*., p. 554.
[2029] Voir C. Grewe, H. Ruiz-Fabri, *Droits constitutionnels européens*, Paris, PUF, 1995, p. 26 : « *La croyance en la vertu de la mécanique institutionnelle se conjugue avec la conviction d'une finalité de la société politique, celle du bien commun et de la préservation de la liberté de la personne* ».
[2030] M. Hauriou, *Principes du droit public*, 2e éd., Paris, Sirey, 1916, p. 32.
[2031] C'est pour cette raison, que la première définition de l'Etat de droit, nous dit le Professeur Olivier Jouanjan, correspond à une notion politique renvoyant à l'organisation de l'Etat et à son fonctionnement. Voir O. Jouanjan, « Etat de droit », *in* D. Alland, S. Rials (Dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 649.
[2032] Voir également sur ce point, J. Chevallier, *Etat de droit*, *in* J. Andriantsimbazovina, H. Gaudin, J-P. Marguénaud et *alii* (Dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2008, p. 307 : « *Concept fondateur du droit public moderne, l'Etat de droit traduit une certaine vision du pouvoir, forgé au fil de l'histoire de l'Occident et qui apparaît comme inhérente à la conception libérale de l'organisation politique* ».
[2033] A. Esmein, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, 8e éd., vol. 1, Paris, Sirey, 1927, p. 586.

Les barrières constitutionnelles à l'exercice du pouvoir par l'Etat, la garantie des droits et libertés et l'organisation des règles de fonctionnements des institutions politiques, sont donc essentiellement, pour reprendre les termes de Léon Duguit, des « *sanctions préventives*[2034] ». Il s'agit de règles qui impriment des contraintes objectives à l'exercice du pouvoir mais qui sont dépourvues de toute forme de sanction matérielle. Dès lors, et la doctrine française est unanimement en accord sur ce point[2035], il manque l'instauration d'un véritable contrôle de constitutionnalité des lois pour que l'Etat de droit soit pleinement effectif en France[2036]. C'est la raison pour laquelle, la création du Conseil constitutionnel fournit à la doctrine contemporaine le moyen d'interroger de nouveau l'Etat de droit et surtout de considérer que dorénavant, les exigences liées à l'Etat de droit sont pleinement remplies. L'admission du contrôle de constitutionnalité permet de verser de l'Etat légal vers l'Etat de droit ou, pour paraphraser Louis Favoreu, de compléter le principe de légalité par un « *principe de constitutionnalité*[2037]».

[2034] Voir *Supra*.

[2035] Pour ne prendre qu'un exemple, Maurice Hauriou, au sein de son « *Précis de droit constitutionnel* », consacre une partie intitulée « *Le droit de la Constitution. L'Etat de droit et la place du juge dans l'Etat* ». L'objet consiste à présenter dans l'ordre de leur apparition historique, l'ensemble des techniques, et ce sont les termes employés par Hauriou, « *employées pour l'organisation de l'Etat en vue de la liberté*». Il s'agit, dans l'ordre historique de leur apparition, de la coutume, du règne de la loi apparu en Angleterre et des constitutions écrites consacrées en France après la Révolution et aux Etats-Unis lors de l'indépendance. Sur ce dernier point, le seul moyen de s'assurer du respect des constitutions par les pouvoirs publics, et qui a la faveur d'Hauriou, est d'instituer à l'instar du système constitutionnel américain, un contrôle de constitutionnalité des lois : « *le contrôle de constitutionnalité des lois, qui est la conséquence logique de la suprématie de la constitution nationale vis-à-vis du Parlement, n'est pas encore admis en France, mais il est tellement dans la logique de la souveraineté nationale qu'il s'y fera sûrement une place et, sans doute, avant qu'il ne soit longtemps* ». Voir M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 215 et suiv.

[2036] Ainsi, dès le début du XXe siècle, et pour reprendre les termes de M. Chevallier sur ce point, la doctrine imagine l'Etat de droit « *comme un machine de guerre contre le système de l'Etat légal* », c'est-à-dire qu'elle tend à « *légitimer l'institution d'un contrôle de constitutionnalité des lois* ». Voir J. Chevallier, *L'Etat de droit*, 4e éd., Paris, Montchrestien, 2003, p. 32. Voir par ailleurs, L. Heuschling, « Le regard d'un comparatiste : l'Etat de droit dans et au-delà des cultures juridiques nationales », *in* Société française pour le droit international (Dir.), *L'Etat de droit en droit international*, Paris, Pedone, 2009, p. 41.

[2037] L. Favoreu, « Le principe de constitutionnalité. Essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1975, p. 33. Illustré par le Conseil constitutionnel en 1985, ce principe signifie que « *la loi n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution* ». C. Constit., n° 85-197 DC du 23 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle Calédonie*, Rec., p. 70.

B/ La doctrine contemporaine et le contrôle de constitutionnalité des lois : la consécration d'un « principe de constitutionnalité »

En mettant un terme à la souveraineté de la loi, l'activité du Conseil constitutionnel interroge directement sa légitimité démocratique[2038]. En effet, s'il apparaît conforme à la hiérarchie des normes de faire de la Constitution la norme suprême dans l'ordre interne (1), l'opposition à une loi, fruit de la volonté générale, est susceptible de heurter les fondements de la démocratie[2039]. Pour autant, redéfini au fil du temps en gardien des droits et libertés, le Conseil constitutionnel s'inscrit dorénavant comme un acteur essentiel à la vitalité de l'Etat de droit (2).

1/ Le dépassement du « principe de légalité » au travers du contrôle de constitutionnalité des lois

A la suite des manuels publiés au début du XXe siècle, l'Etat de droit n'apparaît plus véritablement dans le discours juridique et ce, jusqu'à ce que le Conseil constitutionnel exerce un véritable contrôle de constitutionnalité des lois[2040]. Précisément, c'est dans les années 1970, que le discours sur l'Etat de droit ressurgit[2041] et davantage, l'instauration d'une justice

[2038] Sur cette question, voir M. Troper, « Justice constitutionnelle et démocratie », *RFDC*, 1990, n° 1, p. 31: « *On paraît être en présence d'un choix simple : ou bien l'on considère que le peuple est souverain, ce qui signifie qu'il dispose d'un pouvoir sans limite, qu'il peut exercer dans n'importe quelle forme et cela exclut évidemment tout contrôle de constitutionnalité ; ou bien on estime au contraire que le pouvoir du peuple ne doit pas pouvoir s'exercer sans limite, qu'il doit respecter au moins les formes constitutionnelles, les droits de l'Homme et les libertés fondamentales, et que la justice constitutionnelle est le moyen d'assurer ce respect, mais on ne peut alors prétendre que ce peuple est souverain* ».

[2039] *Ibid.*: « *La thèse de l'incompatibilité est fondée sur cette idée simple que contrôler la constitutionnalité des lois, c'est s'immiscer dans la fonction législative. Le contrôleur qui déclare une loi contraire à la Constitution s'oppose à al promulgation ou au maintien en vigueur de cette loi. Il devient donc co-législateur, alors que la loi a été adoptée par les représentants du peuple souverain, qu'elle est l'expression de la volonté générale, et qu'il n'est pas lui-même un élu, qu'il ne représente personne* ». Voir également, G. Vedel, « Le Conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme », *Pouvoirs*, 1988, n° 45, p. 149. Voir encore, G. Drago, *Contentieux constitutionnel français*, 3e éd., Paris, PUF, 2011, p. 111 et suiv.

[2040] Sur ce point, le Professeur Heuschling considère que l'Etat de droit redevient un objet doctrinal, à la suite du discours, au Conseil constitutionnel, de Valéry Giscard d'Estaing en 1977. Il relève que « *Lorsque chaque autorité, de la plus modeste à la plus haute, s'exerce sous le contrôle d'un juge, qui s'assure que cet autorité respecte l'ensemble des règles de compétence et de fond auxquelles elle est tenue, l'Etat de droit émerge* ». L. Heuschling, *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of Law, op. cit.*, p. 161. Voir également sur ce point, E. Carpano, *Etat de droit et droits européens*, Paris, L'Harmattan, 2005, 662 p.

[2041] Malgré d'ailleurs la publication de deux articles très critiques sur cette notion. Voir W. Leisner, « L'Etat de droit-Une contradiction ? », *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1975, p. 65 ; J-P. Henry, « Vers la fin de l'Etat de droit ? », *RDP*, 1977, p. 1207.

constitutionnelle[2042]constituerait le point d'aboutissement du développement d'un Etat de droit en France[2043].

Juridiquement, la Ve République correspond au passage de l'Etat légal (la souveraineté de la loi[2044]) à l'Etat de droit (Georges Burdeau parle sur ce point, de la réalisation de « *l'idée de droit*[2045] ») dès lors que le Conseil constitutionnel a compétence pour écarter une loi contraire à la Constitution. Désormais applicable à tous les étages de la hiérarchie des normes[2046], le principe de légalité justifie, dans les systèmes de constitution écrite et rigide, de prévoir la soumission de la loi à la Constitution en instaurant la justice constitutionnelle.
Ainsi aujourd'hui, le principe de légalité serait l'un des aspects du principe plus général de constitutionnalité tel qu'identifié par Louis Favoreu[2047]. Au travers de l'application de ce principe, relève-t-il, la Constitution devient la source suprême effective qui s'impose à l'ensemble des normes qui en découlent et elle garantit effectivement la protection des droits et libertés. C'est en sens que Louis Favoreu considère qu'au travers de l'Etat de droit, « *toutes les institutions (y compris le Parlement) sont soumises au respect des règles de droit notamment à celles qui protègent les droits fondamentaux*[2048] ».

Identifiant alors très clairement le lien entre la consécration de la justice constitutionnelle et l'Etat de droit, Louis Favoreu place cette dernière notion au cœur du manuel « *Droit constitutionnel* » rédigé sous sa direction[2049]. Plus précisément, c'est dans la réalisation de l'Etat de droit que « *l'encadrement juridique du pouvoir* (la Constitution), *le contrôle du pouvoir* (la justice constitutionnelle) et enfin *la division du pouvoir*[2050] » sont analysés.

[2042] La promotion des droits de l'homme en Europe et dans le monde constitue également un facteur essentiel du rayonnement de l'Etat de droit à l'heure actuelle. Voir sur ce point, L. Favoreu et *alii*, *droit constitutionnel*, 13e éd., Paris, Dalloz, 2010, p. 86- 87.
[2043] Voir O. Cayla, « Le coup d'Etat de droit? », *Le Débat*, 1998, n° 100, p. 108: « *L'élaboration progressive de l'Etat de droit aurait en effet trouvé son aboutissement dans l'instauration et le développement du contrôle de constitutionnalité des lois* ».
[2044] Voir G. Burdeau, *Traité de science politique*, t. 4, Paris, LGDJ, 1987, p. 337: « *Chercher les moyens de contraindre les gouvernements à respecter le statut de leur fonction, à user de leurs pouvoirs conformément aux procédures prévues par la constitution, à orienter la vie du pays selon l'idée de droit qu'ils ont accepté de servie et d'où procède, en définitive, leur autorité, cela revient, au fond, à chercher un procédé susceptible d'empêcher l'arbitraire du législateur. La loi étant le procédé de gouvernement par excellence, c'est elle qu'il importe de plier aux exigences de l'idée de droit* ».
[2045] *Ibid.*, p. 34.
[2046] L. Favoreu, « Le principe de constitutionnalité. Essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *op.cit.*, p. 33.
[2047] L. Favoreu, « Légalité et constitutionnalité », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 1997, n° 3, p. 73.
[2048] L. Favoreu, « Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit », *RFDC*, 1990, p. 71.
[2049] L. Favoreu et *alii*, *Droit constitutionnel*, 11e éd., Paris, Dalloz, 2008, p. 31.
[2050] *Ibid*.

Largement centré sur l'idée selon laquelle la Constitution est aujourd'hui une norme sanctionnée par un juge constitutionnel, la définition de l'Etat de droit retenue par le manuel, renvoie à deux directions essentielles et complémentaires. Ainsi, l'Etat de droit désigne d'abord, « *un système juridique*[2051] » qui doit contenir des normes claires et visibles afin de permettre l'évaluation de leurs applications et ensuite, la mise en place de procédures de contrôle qui garantissent l'application de la soumission de l'ensemble des normes à celles qui leur sont hiérarchiquement supérieures.

Finalement, la filiation entre la doctrine classique et la doctrine contemporaine est réelle puisqu'au travers de l'Etat de droit, il s'agit toujours d'interroger la limitation du pouvoir de l'Etat et de s'efforcer d'enfermer son action dans des règles de droit, sanctionnées au besoin par un juge[2052]. Limitant d'abord objectivement les prérogatives de l'Etat, avant l'institution d'une justice constitutionnelle, la Constitution, en organisant les règles d'organisation et de fonctionnement des pouvoirs publics et en proclamant les droits et libertés des individus, est aujourd'hui une règle de droit au sens formel, protégée par le Conseil constitutionnel. Comme le relève le Professeur Bell sur ce point, « *dans la conception française, l'Etat de droit requiert la soumission de tout pouvoir à la loi ou à la Constitution et qu'un juge a la compétence pour en assurer le respect*[2053] ».

2/ La justice constitutionnelle, gardien des droits et libertés fondamentales en France : de l'idée de démocratie à celle d'Etat de droit comme moyen de légitimation du Conseil constitutionnel

Dans un article paru en 1991, Louis Favoreu considère qu'avec la mise en place d'une justice constitutionnelle en France, « *l'Etat de droit constitue une étape supplémentaire et un*

[2051] *Ibid.*, p. 87.

[2052] Voir, par exemple, sur ce point, C. Goyard, « Etat de droit et démocratie », *Mélanges René Chapus*, Paris, Montchrestien, 1992, p. 301 : « *Un Etat de droit est un système dans lequel les règles de droit sont posées, connues, garanties par l'édition de sanctions juridiques, de sorte que les dispositions qui figurent dans les divers collections d'actes juridiques prévues dans l'ordonnancement juridique, ne restent point des déclarations, affirmations, proclamations privées de substance et dépourvues d'effets juridiques ; que si les règles ont été transgressées, il existe des voies de recours qui permettent de redresser ou d'anéantir les actes incompatibles avec elles dans l'ordonnancement juridique* ».

[2053] J. Bell, « Le règne du droit et le règne du juge. Vers une interprétation substantielle de l'Etat de droit », *L'Etat de droit, Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, p.15.

perfectionnement par rapport à la démocratie[2054] ». En substance, il relève que si dans un premier temps, seule la meilleure représentation des gouvernés par les gouvernants réalisent la démocratie, dorénavant conformément aux objectifs de l'Etat de droit[2055], il s'agit d'organiser un véritable contrôle de l'activité des représentants élus.

Ainsi, avec la justice constitutionnelle permettant de soumettre l'ensemble des organes de l'Etat au respect du droit[2056], l'Etat de droit symbolise aujourd'hui l'encadrement de l'ensemble du pouvoir dans le droit mais, surtout la défense et la promotion des droits et libertés, normes constitutionnelles à part entière[2057]. Sur ce point d'ailleurs, certains auteurs n'hésitent pas à identifier l'Etat de droit à un système où sont garantis de façon effective, les droits et libertés[2058]. Pour l'illustrer, le Professeur Rousseau utilise la terminologie d'Etat de droit comme « *l'Etat des droits de l'homme*[2059] ».

Pour cette raison - la justice constitutionnelle permet la garantie effective des droits[2060] -, le dépassement de l'idée de démocratie vers celle d'Etat de droit permet d'asseoir la légitimité du Conseil constitutionnel[2061].

Interrogé en 2003 par un groupe d'étudiant de l'Institut d'Etudes Politiques de Paris sur la question de savoir si le Conseil constitutionnel doit être considéré comme un « *co-législateur* » et si en censurant une loi, il ne va pas en réalité à l'encontre de la souveraineté du peuple, M. Shoettl, alors secrétaire général du Conseil, fait valoir l'idée de « *volonté générale*

[2054] L. Favoreu, « De la démocratie à l'Etat de droit », *Le Débat*, 1991, n° 64, p. 157. Voir également, sur ce point, V. Constantinesco, S. Pierré-Caps, *Droit constitutionnel*, 3e éd., Paris, PUF, 2007, p. 201.

[2055] Sur le rapport entre la démocratie et l'Etat de droit, voir M. Troper, « La démocratie comme Etat de droit », disponible sur Internet, à l'adresse suivante: http://www.unesco.chairephilo.uqam.ca/michel_troper.htm.

[2056] L. Favoreu, « De la démocratie à l'Etat de droit », *op.cit.*, p. 157: « *la logique de l'Etat de droit impose que toutes les autorités normatives et toutes les voies de création du droit soient soumises à contrôle, afin de vérifier que les réformes ou mesures projetées sont bien adoptées conformément aux exigences de la constitution* ».

[2057] Voir de façon significative, la publication, en 1987, de l'ouvrage de François Luchaire, intitulé « *La protection constitutionnelle des droits et des libertés* ». Fr. Luchaire, *La protection constitutionnelle des droits et des libertés*, Paris, Economica, 1987, 501 p.

[2058] Voir not., B. Mathieu, M. Verpeaux, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, 2002, p. 12 : « *Les droits fondamentaux tendent ainsi à devenir un système fondateur du droit incarné dans la notion « d'Etat de droit »* ».

[2059] D. Rousseau, « L'Etat de droit est-il un Etat de valeurs particulières », *in L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs*, *Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Paris, Dalloz, 2003, p. 886.

[2060] Voir sur cette question, M-J. Redor, « La démocratie dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et ses représentations », *in* G. Drago, B. François, N. Molfessis (Dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1999, p. 346 et suiv.

[2061] Sur les différents arguments qui peuvent être avancés en faveur du contrôle de constitutionnalité des lois, voir G. Vedel, « Le Conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme », *Pouvoirs*, 1988, n° 45, p. 150 et suiv.

supérieure[2062] ». Plus précisément, il considère qu'en votant la Constitution par référendum, le peuple français a donné son accord à la possibilité pour le Conseil constitutionnel, de garantir la suprématie de la Constitution sur la loi[2063].

Néanmoins le plus souvent, c'est au travers de la garantie des droits et libertés et de la réalisation de l'Etat de droit, que la doctrine comme les membres du Conseil constitutionnel eux-mêmes, entendent justifier le contrôle de constitutionnalité. Sur ce point, le Professeur Dominique Rousseau considère que sous l'effet de l'activité du Conseil constitutionnel, la Constitution prend dorénavant la forme d'une « *charte jurisprudentielle des droits et libertés des citoyens*[2064] ». Il s'agit de montrer qu'en utilisant, dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois, les dispositions de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 et du Préambule de la Constitution de 1946, le Conseil constitutionnel protège avec vigueur l'ensemble des droits des citoyens, envisagé comme une sphère constitutionnelle détachée des règles qui organisent le fonctionnement des institutions politiques[2065]. En ce sens, la justice constitutionnelle permet d'assurer la promotion des droits mais surtout, leur pleine efficacité. Par extension, cela signifie encore que le développement de la garantie constitutionnelle des droits revalorise sensiblement les droits du peuple souverain et constitue une véritable limitation à l'exercice du pouvoir de leurs représentants[2066]. Finalement, la protection des droits des citoyens ne passe plus seulement par l'organisation des règles relatives aux pouvoirs publics. Afin d'illustrer cette évolution, le Professeur Rousseau considère que l'Etat de droit provoque une mutation de la démocratie dans le sens d'une « *mise en forme*

[2062] J- E. Schoettl, « La place du Conseil dans la démocratie française », disponible sur le site internet du Conseil constitutionnel, à l'adresse suivante: http://www.conseil-constitutionnel.fr/

[2063] Voir également la thèse du Professeur Troper qui tend à démontrer que le Conseil constitutionnel contribue à la formation de la volonté générale. M. Troper, « Justice constitutionnelle et démocratie », *RFDC*, 1990, n° 1, p. 40 et suiv.

[2064] Voir D. Rousseau, « Une résurgence : la notion de Constitution », *RDP*, 1990, p. 6; voir également, D. Rousseau, « Les transformations du droit constitutionnel sous la Ve République », *RDP*, 1998, p. 1786.

[2065] D. Rousseau, « Une résurgence : la notion de Constitution », *op.cit.*, p. 8 : « *Entendue en ce sens, la Constitution n'est plus comme autrefois, la définition des rapports entre les institutions, la séparation des pouvoirs ; la Constitution, c'est désormais la définition des rapports entre les citoyens et l'Etat, la charte des droits et des libertés dont la garantie est assurée par la mise en place d'un mécanisme de sanction des organes d'Etat* ».

[2066] *Ibid.*, p. 9 : « *Le Conseil constitutionnel inaugure un nouveau fonctionnement constitutionnel : avant lui, la volonté des représentants prévalait sur celle du peuple, du fait de la confusion, de l'identification, et donc de la substitution de ceux-là à celui-ci ; avec lui, la souveraineté populaire est en position de prévaloir car elle dispose d'un moyen, le Conseil précisément, lui permettant d'exprimer, contre les prétentions des représentants, sa volonté* ». Dans le même sens, voir D. Rousseau, « La jurisprudence constitutionnelle : quelle « nécessité démocratique »? », *in* G. Drago, B. François, N. Molfessis (Dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1999, p. 365 et suiv.; D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, 8e éd., Paris, Montchrestien, 2008, p. 497 et suiv.

institutionnelle d'un face à face entre les lois votées par les élus du peuple et les droits fondamentaux de l'homme consacrés par le texte constitutionnel[2067] ».

Enfin et pour terminer sur ce aspect, les membres du Conseil constitutionnel eux-mêmes rappellent très souvent le rôle de l'institution dans la préservation des droits et libertés fondamentales et donc dans la préservation de l'Etat de droit en France.

Pour ne prendre que quelques exemples, l'année 1994 marque la célébration de la vingtième année de la révision de 1974 qui ouvre le droit de saisine du Conseil constitutionnel. C'est alors l'occasion pour les services du Conseil constitutionnel de montrer, par une analyse de la jurisprudence, que « *le pouvoir d'appréciation du législateur va de pair avec la volonté du juge constitutionnel français d'assurer une protection effective des droits et libertés de valeur constitutionnelle*[2068] » et que la jurisprudence du Conseil « *est désormais suffisamment fournie pour permettre de tracer à grands traits le statut constitutionnel et jurisprudentiel des droits fondamentaux*[2069] ».

Dans le même sens, M. Guéna alors Président du Conseil en 1998, qualifie le Conseil constitutionnel de « *gardien des libertés fondamentales* et insiste sur sa contribution au passage de « *la Constitution - séparation des pouvoirs* » à la « *Constitution - garantie des droits*[2070] ». Pour l'ancien président, une telle avancée, « *la Constitution, acte des droits des gouvernés*[2071] », est la conséquence de la jurisprudence du Conseil, qui « *décision après décision, utilise la Constitution pour construire une charte des droits et libertés, jamais close, qui s'enrichit après chaque décision consacrant un nouveau droit constitutionnel*[2072] ».

Plus récemment, le Président du Conseil constitutionnel en exercice, M. Debré, qualifie le Conseil, d'« *acteur essentiel de l'Etat de droit* » parce qu'il est aujourd'hui « *gardien de la Constitution et des libertés fondamentales*[2073] ». Pour un dernier exemple, à l'occasion du cinquantième anniversaire de la naissance du Conseil constitutionnel, M. Debré oriente son discours sur les étapes marquantes dans l'évolution de l'institution. A la suite de l'essor de l'activité du Conseil lié à la décision de 1971 et à la révision constitutionnelle relative au droit

---

[2067] D. Rousseau, *La justice constitutionnelle en Europe*, Paris, Montchrestien, 1992, p. 10.

[2068] Services du Conseil constitutionnel, « Le Conseil constitutionnel et la protection des droits fondamentaux », disponible sur le site internet du Conseil constitutionnel, à l'adresse suivante: http://www.conseil-constitutionnel.fr/

[2069] *Ibid*.

[2070] Discours de M. Guéna, prononcé à l'occasion du 150e anniversaire de l'Etat fédéral suisse le 13 juin 1998, disponible sur le site internet du Conseil constitutionnel, à l'adresse suivante: http://www.conseilconstitutionnel.fr/

[2071] *Ibid*.

[2072] *Ibid*.

[2073] *Ibid*.

de saisine relève-t-il, « *un seul chiffre permet de souligner cette place prise dans notre Etat de droit par le Conseil constitutionnel. En cinquante ans, celui-ci a rendu 4042 décisions dont 791 décisions de contrôle de conformité des lois et des traités à la Constitution*[2074] ». Par ailleurs, saluant l'activité des membres qui ont composé l'institution, il note que « *les soixante-dix membres qu'a compté le Conseil depuis l'origine ont été animé du même idéal, celui de la défense des droits et libertés. Tous ont conjugué leur talent et se sont rassemblés au service de valeurs communes, celles de la république et de l'Etat de droit*[2075] ».
D'ailleurs, la récente entrée en vigueur de la procédure de question prioritaire de constitutionnalité[2076] constitue sans nul doute une avancée manifeste du rôle du Conseil constitutionnel dans la protection des droits et libertés. Avec la possibilité d'examiner la constitutionnalité des lois postérieurement à leur entrée en vigueur sur le fondement des droits et libertés, M. Debré souligne qu'il s'agit d' « *une avancée majeure pour la protection des droits et libertés et un important progrès de l'Etat de droit*[2077] ».

Considéré comme une exigence qui découle de l'Etat de droit, le principe de sécurité juridique produit des effets dans le droit positif en vigueur, mais il reste difficilement opposable aux règles de nature constitutionnelle.

§2/ Le principe de sécurité juridique s'arrête au seuil de la règle de nature constitutionnelle

Difficile à définir de façon autonome, la sécurité juridique renvoie à une multitude de principes liés[2078]. Surtout, elle constitue un principe négatif puisque la sécurité juridique a pour objet de compenser les imperfections du droit[2079]. Il s'agit, pour reprendre les termes

---

[2074] Voir à l'entrée « *discours et interventions* » sur le site du Conseil constitutionnel, le discours prononcé par M. Debré à l'occasion du cinquantième anniversaire de la naissance du Conseil constitutionnel. http://www.conseil-constitutionnel.fr
[2075] *Ibid.*
[2076] Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, JO n° 0287 du 11 décembre 2009, p. 21379.
[2077] Voir M. Debré, Colloque sur la question de constitutionnalité avec les Avocats à la cour, disponible sur le site internet du Conseil constitutionnel, à l'adresse suivante: http://www.conseilconstitutionnel.fr/
[2078] En ce sens, M. Zimmer parle d'un « *principe matriciel* ». Voir W. Zimmer, « Allemagne », *AIJC*, 1999, p. 91. Le Professeur Mathieu relève quant à lui, que « *la sécurité juridique ne peut être conçue comme un principe autonome au regard d'autres principes comme la non rétroactivité, la protection des droits acquis, la confiance légitime, la légalité ou la qualité de la loi* ». B. Mathieu, « Constitution et sécurité juridique », *AIJC*, 1999, p. 156.
[2079] A cet égard, à l'occasion de son célèbre article, « Apologie pour les faiseurs de systèmes », Jean Rivero a bien mis en perspective le rôle inhérent du droit au sein de la société : « *C'est que le Droit (...) a, dans la vie sociale, une fonction à remplir. Fonction de stabilité, fonction de sécurité. L'individu ne se sent protégé par le*

employés par le Professeur Willy Zimmer sur ce point, d'un principe qui a pour fonction « *la sécurisation du système juridique*[2080] ».

Matériellement, la valeur effective de la sécurité juridique ou des principes qui en découlent (la connaissance, la clarté, la stabilité, la prévisibilité, la transparence des règles de droit entre autres[2081]) passent en France, soit par l'adoption de normes dites de simplification du droit qui tendent à remédier à l'insécurité du droit (A), soit par les juridictions, de plus en plus amenées à imposer aux règles de droit certaines exigences qui sont rattachées au principe de sécurité juridique. Ainsi, si l'on peut parler de l'existence d'un principe de sécurité juridique au niveau constitutionnel[2082], il s'agit pour l'essentiel de rendre compte de la prise en compte de la part du Conseil constitutionnel, d'objectifs rattachés à ce principe et qui fondent la constitutionnalité d'une loi soumise à son examen (B).

Pour autant, s'agissant de ces deux moyens qui permettent de garantir la sécurité juridique - le droit et la jurisprudence - il apparait délicat de les transposer aux règles de nature constitutionnelle. Sur le premier moyen, il s'agirait de réviser, de façon formelle, certaines dispositions constitutionnelles qui manifestement heurtent la clarté, la lisibilité ou la

---

Droit que lorsqu'il peut prévoir à l'avance quelle règle régira la situation dans laquelle il envisage de se placer. C'est pourquoi il a, des siècles durant, lutté pour faire sortir du secret des Temples la Règle qui le condamnait sans qu'elle lui eût été révélée. C'est pourquoi il s'est détourné du règne du Juge, préférant la sécurité de la règle à un arbitraire qui, si excellentes qu'en pussent être les manifestations lorsque le juge était sage, présentait le risque minimum de tous les arbitraires : l'imprévisibilité. L'homme a besoin de connaître la règle ; il ne peut, d'ailleurs, la respecter qu'à ce prix. Encore faut- il que la règle soit connaissable ». J. Rivero, « Apologie pour les faiseurs de systèmes », *D.* 1951, chron., p. 99. Voir également, sur ce point, A-L. Valembois, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, Paris, LGDJ, 2005, p. 8 et suiv. Si l'on considère traditionnellement que la sécurité est assurée à travers le droit, la conception moderne de la sécurité juridique suppose de parvenir à la sécurité du droit : « *Dans l'expression sécurité juridique, l'adjectif juridique précise aujourd'hui plutôt l'origine du danger, c'est-à-dire la règle de droit, soit- elle de nature législative, réglementaire ou jurisprudentielle* ».

[2080] W. Zimmer, « Allemagne », « Constitution et sécurité juridique », *AIJC*, 1999, p. 91.

[2081] Le Professeur Bernard Pacteau, par exemple, considère que le principe de sécurité juridique englobe « *la protection contre la rétroactivité, l'assurance d'une consolidation à terme des situations juridiques individuelles même constituées illégalement, la clarté, la précision, la cohérence, donc la connaissance et non moins la publicité effective et suffisante de la règle applicable, le respect des engagements et des promesses, voire la fidélité aux encouragements prodigués, la stabilité de l'environnement juridique au vu duquel on a entrepris une activité à long terme* ». B. Pacteau, « La sécurité juridique, un principe qui nous manque ? », *AJDA*, 1995, p. 155. M. Piazzon, quant à lui, évoque un « *triptyque classique : accessibilité, stabilité, prévisibilité* ». T. Piazzon, *La sécurité juridique*, th., Paris, Lextenso, 2009, p. 17. Enfin, dans son rapport, le Conseil d'Etat raisonne sur la base de trois applications principales : « *prévisibilité de la loi, clarté et accessibilité de la norme, stabilité des situations juridiques.* » Rapport public du Conseil d'Etat pour 2006, *Sécurité juridique et complexité du droit*, www.ladocumentationfrancaise.com. Voir par ailleurs, p. 2814 : « *le principe de sécurité juridique implique que les citoyens soient, sans que cela appelle de leur part des efforts insurmontables, en mesure de déterminer ce qui est permis et ce qui est défendu par le droit applicable. Pour parvenir à ce résultat, les normes édictées doivent être claires et intelligibles, et ne pas être soumises, dans le temps, à des variations trop fréquentes, ni surtout imprévisibles* ».

[2082] Voir, en ce sens, A-L. Valembois, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique*, *op.cit.*, p. 255 et suiv.

prévisibilité, là où la Constitution est censée représenter la stabilité. Sur le second, cela impliquerait l'existence d'un troisième degré de juridiction, capable d'évaluer la Constitution à la lumière d'un droit supérieur qui permet d'imposer certaines exigences liées à la sécurité juridique.

A/ Lutter contre l'insécurité du droit par le recours à des normes de simplification et d'amélioration de la législation

La question de la complexité croissante du droit quelle que soit la branche concernée, constitue un discours très répandu à l'heure actuelle au sein des pouvoirs publics[2083], des juridictions et de la doctrine[2084]. L'inflation législative[2085], le croisement entre la législation nationale et internationale[2086] ou encore la complexité des lois en vigueur sont mis en avant pour expliquer l'obscurité actuelle du droit positif.

Largement relayée également, par la doctrine[2087], cette tendance à la complexification du droit est encore soulignée par les juridictions confrontées au maniement du droit afin de résoudre un cas d'espèce. Par exemple, le Conseil d'Etat a fait le choix de consacrer son rapport annuel pour 2006[2088], au thème « *Sécurité juridique et complexité du droit*[2089] ». Dans le même sens, le Conseil constitutionnel, par l'intermédiaire de son Président à l'occasion des traditionnels échanges de vœux avec le Président de la République, insiste sur les lacunes de la loi : « *Au poste d'observation qui est le nôtre, nous constatons, Monsieur le président de la république, une dégradation de la qualité de la loi*[2090] ». L'ancien Président du Conseil, dénonce entre

[2083] Voir, par exemple, la note de synthèse publiée, en 2007, par le service des études juridiques du Sénat ayant pour objet « *la qualité de la loi* » et qui repose sur un constat général : « *la prolifération de normes juridiques - législatives ou réglementaires - de plus en plus complexes, et une tendance à la dégradation de la qualité de ces normes, préoccupent de plus en plus les pouvoirs publics* ». La note est disponible sur le site internet du Sénat, à l'adresse suivante: http://www.senat.fr/noticerap/2007/ej03-notice.html. Voir également, le récent rapport de M. Warsmann, *in* J-L. Warsmann (Dir.), *Simplifions nos lois pour guérir un mal français*, Paris, La Documentation française, 2009, 238 p.

[2084] Voir, par exemple, J-M. Pontier, « Brèves remarques sur la simplification du droit », *in* J-M. Pontier (Dir.), *La simplification du droit*, Aix-en-Provence, PUAM, 2006, p. 7.

[2085] Voir sur ce point, Rapport public du Conseil d'Etat pour 2006, *Sécurité juridique et complexité du droit*, www.ladocumentationfrancaise.com, p. 281 : « *le désordre et l'instabilité du droit appellent une politique énergique visant à ralentir un emballement normatif préjudiciable aux citoyens, aux entreprises et à la crédibilité même de l'action politique* ».

[2086] *Ibid*.

[2087] Sur les causes de la complexité du droit, voir par exemple, J. De Clausade, « Sécurité juridique et complexité du droit : le développement des lois techniciennes », *LPA*, 5 juillet 2007, n° 134, p. 4.

[2088] Ce dernier avait déjà consacré son rapport en 1991 à la sécurité juridique. Conseil d'Etat, *De la sécurité juridique*, *EDCE*, 1991, n°43, p. 15.

[2089] *Ibid.*

[2090] http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/pdf_cahiers/cccc18.pdf

autres « *la malfaçon législative pure et simple* » ou « *une loi qui tâtonne, hésite, bafouille*[2091] ».

L'appel à une simplification du droit est ainsi unanime[2092], au travers de la mise en œuvre effective des principes qui permettent de garantir la sécurité juridique[2093].
Visant initialement l'amélioration des relations entre l'administration et les citoyens[2094], la politique de simplification du droit concerne dorénavant, l'ensemble des branches du droit. C'est la raison pour laquelle un vaste chantier a été lancé par le Gouvernement depuis les années 2000[2095], pour remédier aux lacunes du droit.

D'un point de vue matériel, les moyens mis en œuvre pour lutter contre la complexité du droit[2096]se traduisent à l'heure actuelle, par l'adoption d'un certain nombre de lois dites de simplification du droit[2097]. Notamment, et de façon significative quant aux objectifs poursuivis par ces lois, une loi du 2 juillet 2003 permet au Gouvernement d'adopter par ordonnance, des mesures d'adaptation de certaines règles existantes.[2098] Deux directions, par-delà les mesures propres à chaque branche du droit[2099], sont à ce moment, privilégiées par la

---

[2091] *Ibid*.
[2092] Voir, par exemple, J. Pousson-Petit, F. Rueda, *Qu'en est-il de la simplification du droit?*, Toulouse, Presses de l'Université de Toulouse, 2010, 358 p.
[2093] Sur l'apparition et le développement du principe en droit public, voir B. Pacteau, « La sécurité juridique, un principe qui nous manque? », *AJDA*, 1995, p. 151.
[2094] Voir Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 *relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations*, JO du 13 avril 2000, n° 88, p. 5646.
[2095] La Commission des lois de l'Assemblée nationale a crée un site Internet où elle émet un certain nombre de propositions mais, également, invite les citoyens à se prononcer sur ces questions. Pour y parvenir, la Commission s'est fixée un triple objectif : « *abroger des dispositions devenues inutiles, redondantes, obsolètes ou insuffisamment normatives ; proposer la mise en cohérence de dispositions mal coordonnées, voire contradictoires ; suggérer la réécriture de dispositions peu intelligibles* ». Voir le site à l'adresse suivante: http://simplifionslaloi.assemblee-nationale.fr/
[2096] Voir sur ce point, N. Molfessis, « Simplification du droit et déclin de la loi », *RTDCiv*, 2004, p. 155 ; P. Gonod, « La simplification du droit par ordonnances », *AJDA*, 2003, p. 1652.
[2097] Parmi les nombreuses lois de simplifications adoptées, voir not., Loi n° 2003-591 du 3 juillet 2003 *habilitant le Gouvernement à simplifier le droit*, JO du 3 juillet 2003, n° 152, p. 11192 ; Loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 *de simplification du droit*, JO du 10 décembre 2004, n° 287, p. 20857. Voir, également, plus récemment, Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 *de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures*, JO 13 mai 2009, n° 110, p. 7920 ; Loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 *de simplification et d'amélioration de la qualité du droit*, JO du 18 mai 2011, n° 115, p. 8537.
[2098] Loi n° 2003-591 du 3 juillet 2003 *habilitant le Gouvernement à simplifier le droit*, JO du 3 juillet 2003, n° 152, p. 11192. Parallèlement, voir Loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 de simplification du droit, JO du 10 décembre 2004, n° 287, p. 20857.
[2099] Notamment, la loi permet au Gouvernement d'améliorer les relations entre l'administration et les citoyens, simplifier le droit applicable aux contribuables ou encore les bénéficiaires de prestations sociales. Voir Loi n° 2003-591 du 3 juillet 2003 *habilitant le Gouvernement à simplifier le droit*, *Ibid.* Sur le droit des marchés publics, voir Fr. Lichère, « La simplification du droit des marchés publics », *RDP*, 2003, p. 1529.

loi[2100]: d'abord, simplifier et rendre plus intelligible le droit existant et ensuite, favoriser l'accessibilité et la connaissance du droit auprès de ses destinataires.
Ainsi, sur le premier point, il s'agit essentiellement de permettre au Gouvernement de supprimer les dispositions qui sont devenues obsolètes ou qui sont, en matière fiscale plus particulièrement, « *devenues sans objet*[2101] ». La loi permet également de clarifier et d'alléger certaines procédures existantes.

Ensuite, afin de favoriser l'accès au droit d'un point de vue formel, cette loi autorise le pouvoir exécutif à entreprendre un travail de codification et d'adaptation de certaines parties d'ores et déjà écrites[2102], pour permettre un accès plus aisé au corpus d'une branche juridique donnée. Par exemple, s'agissant plus particulièrement du Code rural et du Code des collectivités territoriales, la loi permet « *d'inclure les dispositions de nature législative qui n'ont pas été codifiées ou pour remédier à d'éventuelles erreurs ou insuffisance de codification*[2103] ».
Parallèlement, la loi souhaite favoriser l'accès au droit en utilisant les nouvelles ressources qui permettent la diffusion des informations[2104]. Ainsi, l'article 4 de la loi du 2 juillet 2003 prévoit que « *le Gouvernement est autorisé à simplifier et harmoniser par ordonnance les règles relatives aux conditions d'entrée en vigueur des lois ordonnances, décret et actes administratifs, ainsi que les modalités selon lesquelles ces textes sont publiés et portés à la connaissance du public, en prenant en compte les possibilités offertes par les technologies de l'information et de la communication*[2105] ». Sur ce point, le Professeur Emmanuel Cartier évoque le passage d'une obligation de « *publicité à une obligation de diffusion de la règle de droit*[2106] ». Identifiée comme la dématérialisation du Journal officiel, la publication des lois est aujourd'hui effectuée également sous forme électronique[2107] et elle permet de garantir l'accès et la publicité du droit[2108]. D'ailleurs, cette évolution fait suite à la création, par un

[2100] Voir sur ce point, P. Jan, « La simplification du droit », *RDP*, 2003, p. 1511.
[2101] Loi n° 2003-591 du 3 juillet 2003 habilitant le Gouvernement à simplifier le droit, *op. cit.*
[2102] Sur la codification, voir *Le rayonnement du droit codifié, journées d'étude à l'occasion du bicentenaire du Code civil*, Paris, éditions des Journaux officiels, 2005, 223 p.
[2103] Loi n° 2003-591 du 3 juillet 2003 *habilitant le Gouvernement à simplifier le droit, op.cit.*
[2104]Sur cette question, voir B. Tabaka, « La dématérialisation du Journal officiel : vers un droit saisi par la technique ? », *RDP*, 2003, p. 1521. Voir, également, E. Cartier, « Publicité, diffusion et accessibilité de la règle de droit dans le contexte de la dématérialisation des données juridiques », *AJDA*, 2005, p. 1092 et suiv.
[2105] Loi n° 2003-591 du 3 juillet 2003 habilitant le Gouvernement à simplifier le droit, *op. cit.*
[2106] E. Cartier, « Publicité, diffusion et accessibilité de la règle de droit dans le contexte de la dématérialisation des données juridiques », *op.cit*., p. 1092.
[2107] Cette publication est réalisée sur le site du Journal officiel : www.journal-officiel.gouv.fr.
[2108] O. Guillaumont, « La simplification réformatrice des règles d'entrée en vigueur des lois et règlements », *in* J-M. Pontier (Dir.), *La simplification du droit*, Aix-en-Provence, PUAM, 2006, p. 7.

décret du 7 août 2002, d'un « *service public de diffusion du droit par l'internet*[2109]» qui, en créant le site « *légifrance*[2110] », s'est fixé pour objectif principal de « *faciliter l'accès du public aux textes en vigueur ainsi qu'à la jurisprudence*[2111] ».

Enfin, et pour finir sur cet aspect, le Gouvernement souhaite également, il ne s'agit plus de corriger le droit existant, contribuer à améliorer le processus d'adoptions des lois nouvelles[2112]. Par exemple, une circulaire du 26 août 2003 à l'initiative du Premier Ministre, attire l'attention du Gouvernement sur la nécessité de « *mieux maitriser la production de règles nouvelles*[2113] » et de s'assurer que telle réglementation nouvelle correspond bien aux objectifs de qualité, clarté et accessibilité de la loi[2114]. La circulaire invite chaque ministère à se doter d'une « *charte de la qualité de la règlementation*[2115] » et de désigner en leur sein, des hauts fonctionnaires chargés de ces questions. Confirmé par une seconde circulaire adoptée le 20 septembre 2003, il s'agit de parvenir à traduire, et ce sont les termes de la circulaire, les « *bonnes pratiques pour l'élaboration des textes*[2116] ».

Par conséquent, il existe aujourd'hui une méthodologie d'élaboration des lois matérialisée par la publication pour la première fois en 2005, d'un « *guide de légistique*[2117] », élaboré conjointement par le Conseil d'Etat et le secrétariat général du Gouvernement. Largement diffusé, ce guide a pour ambition de déterminer « *les techniques de conception et de rédaction des textes normatifs* » et il est composé de plusieurs parties dont la « *conception des textes,*

[2109]Voir décret n° 2002-1064 du 7 août 2002 *relatif au service public de diffusion du droit par l'internet*, JO du 9 août 2002, p. 13655.
[2110] www.legifrance.gouv.fr
[2111] *Ibid.*
[2112] A ce propos, voir P. Jan, « La simplification du droit », *RDP*, 2003, p. 1510; R. Drago (Dir.), *La confection de la loi*, Paris, PUF, 2005, 308 p.
[2113] Circulaire du 26 août 2003 *relative à la maîtrise de l'inflation normative et à l'amélioration de la qualité de la réglementation*, JO du 29 août 2003, n° 199, p. 14720.
[2114] La circulaire préconise de s'inspirer d'un rapport interministériel, présidé par M. Dieudonné Mandelkern prévoyant les recommandations suivantes: « *proportionnalité entre l'objet poursuivi par la réglementation et l'importance des contraintes imposées; confiance dans le comportement des usagers, devant conduire à alléger les production de justificatifs; adaptabilité du texte pour prendre en compte les exigences de l'équité; stabilité minimale dans le temps de la réglementation; examen périodique permettant d'identifier les dispositions devenues obsolètes; souci de clarté et d'accessibilité pour l'usager; engagement de consultation des usagers et/ ou des services de mise en œuvre avant l'adoption de nouvelles règles; développement d'indicateurs reflétant la qualité de la réglementation* ». *Ibid*.
[2115] *Ibid*.
[2116] Circulaire du 30 septembre 2003 *relative à la qualité de la réglementation*, JO du 2 octobre 2003, n° 228, p. 16824.
[2117] Le guide, dont la seconde version est élaborée en 2007, est disponible sur le site « *légifrance* », à l'adresse suivante: http://www.legifrance.gouv.fr/html/Guide_legistique_2/accueil_guide_leg.htm. Sur ce thème, voir par exemple, J-D. Delley, A. Flückiger, « La légistique : une élaboration méthodique de la législation », *in* R. Drago (Dir.), *La confection de la loi*, Paris, PUF, 2005, p. 83; V. Trovatello, « Simplification du droit, légistique et cyberlégistique », *in* J-M. Pontier (Dir.), *La simplification du droit*, Aix-en-Provence, PUAM, 2006, p. 221.

étapes de l'élaboration des textes, rédaction des textes, règles propres aux textes internationaux et communautaires et aux mesures individuelles et schémas logiques et cas pratiques[2118] ».

L'ensemble des réformes entreprises par les pouvoirs publics jusqu'alors, s'est fixé afin d'améliorer la sécurité juridique, de rendre le droit en vigueur et à venir, plus intelligible, plus clair et plus accessible. Ce sont très précisément ces objectifs qui sont défendus par les juridictions.

B/ La sécurité juridique, une norme constitutionnelle jurisprudentielle implicite

Le principe de sécurité juridique n'est pas consacré par la Constitution du 4 octobre 1958 et n'apparaît pas davantage dans le Préambule de la Constitution de 1946 ou la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.
Comme le souligne le manuel « *droit des libertés fondamentales* » dirigé par Louis Favoreu, lorsque les constitutions nationales ne consacrent pas le principe de sécurité juridique[2119], c'est le juge constitutionnel qui contribue à lui faire produire des effets dans l'ordre juridique[2120]. Ainsi, les juridictions nationales[2121] s'efforcent d'opposer aux autorités publiques les principes satellites à la notion de sécurité juridique[2122] invitées au besoin, par la doctrine ou les requérants[2123].

Pour l'heure, le Conseil constitutionnel n'a jamais attribué de valeur constitutionnelle au principe de sécurité juridique[2124], même si deux notions constitutionnelles s'en

---

[2118] *Guide de la légistique, op. cit.*
[2119] Le manuel cite néanmoins le cas de la constitution espagnole ou portugaise. L. Favoreu et *alii*, *Droit des libertés fondamentales*, 5e éd., Paris, Dalloz, 2009, p. 357.
[2120] *Ibid*.
[2121] S'agissant du juge administratif, voir M. Delamarre, « La sécurité juridique et le juge administratif français », *AJDA*, 2004, p. 186.
[2122] Même si en tant que telle, une violation du seul principe de sécurité juridique n'a jamais été accueillie comme moyen susceptible de justifier l'annulation d'un acte. Voir B. Biscarel, « Le principe de sécurité juridique et le droit de l'urbanisme, *in* J- M. Pontier (Dir.), Les principes et le droit », *op.cit.*, p. 105.
[2123] L'invocation du principe de sécurité juridique est fréquente dans les saisines du Conseil constitutionnel. Pour des exemples, voir B. Mathieu, « Constitution et sécurité juridique », *AIJC*, 1999, p. 176.
[2124] Voir, sur ce point, A-L. Valembois, « La sécurité juridique : une constitutionnalisation en marche mais non aboutie (Bilan de la jurisprudence constitutionnelle de 2005) », *LPA*, 13 juin 2006, n° 117, p. 7.
Par exemple, saisi à propos d'une loi portant sur diverses mesures d'ordre fiscal et financier en 1997, le Conseil constitutionnel est directement invité par les saisissants, à faire application du principe de sécurité juridique. Plus précisément, ayant pour effet de produire des effets rétroactifs en matière d'impôt, les députés relèvent que la loi

rapprochent[2125]. Il s'agit, et cet aspect est confirmé par M. Dutheiller de Lamothe, de la notion de « *sûreté* » prévue par l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme[2126] et de celle de « *garantie des droits* » consacrée à l'article 16[2127]. A partir donc de ces dispositions et en imposant au législateur un certain nombre de principes liés à la sécurité juridique, on peut considérer qu'il est consacré de façon implicite[2128]. Pour reprendre les termes de Mme

---

heurte le « *principe de confiance légitime* » et celui de sécurité juridique qui, selon les députés, « *doit être rangé dans la catégorie des exigences constitutionnelles*». D'ailleurs, le texte de la saisine va encore plus loin, puisque les saisissants suggèrent que le Conseil constitutionnel « *pourrait préciser, en l'espèce, les contours du principes de sécurité juridique* ».

Après avoir considéré que le principe de non rétroactivité des lois n'a valeur constitutionnelle qu'en droit pénal, conformément à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme, le Conseil constitutionnel relève que si le législateur a la possibilité d'adopter des dispositions d'application rétroactive dans d'autres domaines, il doit néanmoins invoquer un motif d'intérêt général suffisant et surtout, ne pas priver « *de garantie légale des exigences constitutionnelles* ». Sur ce point et dans un second temps, le juge se contente de relever « *qu'aucune norme de valeur constitutionnelle ne garantit un principe dit de « confiance légitime*» et ne se prononce pas sur le principe de sécurité juridique, pourtant évoqué par les saisissants.

C. Constit., n° 97-391 DC du 7 novembre 1997, *Loi portant mesures urgentes à caractère fiscal et financier,* Rec., p. 132. Sur les détails de cette loi, voir J-E. Schoettl, « La rétroactivivité d'une législation fiscale n'est pas anticonstitutionnelle », *AJDA*, 1997, p. 969.

Ensuite, une décision intéresse également le principe général de sécurité juridique, mais dans son sens négatif. En effet, dans sa décision du 29 décembre 2005 relative à la loi de finance pour 2006, le Conseil constitutionnel a du se prononcer sur certaines dispositions, dénoncées par les requérants comme appliquant des critères flous. Sur ce moyen, le juge considère que, sauf si des motifs d'intérêt général la justifient, la complexité d'une loi fiscale doit, d'abord, respecter le principe général d'égalité devant la loi, c'est- à-dire ne pas conduire à ce que les citoyens ne soient pas à même de prendre la mesure précise des dispositions législatives qui les lient. S'agissant, plus particulièrement des exigences constitutionnelles liées à une loi fiscale, les termes de la loi ne doivent pas méconnaitre les dispositions de l'article 14 de la Déclaration des droits de l'homme qui prévoit que « *tous les citoyens ont le droit de constater, par eux- mêmes ou par leurs représentants, la nécessité de la contribution publique, de la consentir librement, d'en suivre l'emploi, et d'en déterminer la quotité, l'assiette, le recouvrement et la durée*». En l'espèce, relève le Conseil constitutionnel, le dispositif législatif doit être considéré comme complexe, compte tenu, notamment, de la longueur des dispositions en cause, du fait qu'elle renvoient à d'autres dispositions - le Conseil, sur ce point, parle de son « *caractère imbriqué* - et, plus généralement, apparaît peu compréhensible pour les contribuables et difficile à interpréter pour les professionnels. Ainsi conclut le juge, « ***les incertitudes qui en résulteraient seraient source d'insécurité juridique, notamment de malentendus, de réclamations et de contentieux*** ». La complexité de la loi sur ce point, est alors jugée excessive par le Conseil constitutionnel et ainsi contraire à la Constitution.

Voir C. Constit., n° 2005-530 DC du 29 décembre 2005, *Loi de finance pour 2006*, Rec., p. 168.

[2125] Sur ce point, voir O. Dutheillet de Lamothe, « La sécurité juridique. Le point de vue du juge constitutionnel », exposé fait à l'occasion de l'accueil de hauts magistrats brésiliens le 20 septembre 2005, disponible sur le site du Conseil constitutionnel, à l'adresse suivante : http://www.conseil-constitutionnel.fr.

[2126] Sur ce point, voir Fr. Luchaire, « La sécurité juridique en droit constitutionnel français », le 1er septembre 2001, disponible sur le site du Conseil constitutionnel, à l'adresse suivante: http://www.conseil-constitutionnel.fr.

[2127] B. Biscarel, « Le principe de sécurité juridique et le droit de l'urbanisme », *in* J-M. Pontier (Dir.), *Les principes et le droit*, Aix-en-Provence, PUAM, 2007, p. 105 : « *En droit interne, l'exigence de sécurité juridique pourrait reposer sur deux fondements constitutionnels. Il est tout d'abord possible d'invoquer l'article 16 de la DDHC de 1789 qui dispose « toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ». De même, la sûreté, visée à l'article 2 pourrait également servir de fondement à l'exigence de sécurité juridique*.».

[2128] Cet aspect est confirmé par M. Dutheillet de Lamothe. Voir O. Dutheillet de Lamothe, « La sécurité juridique. Le point de vue du juge constitutionnel », *op. cit.* : « *L'exigence de sécurité juridique apparaît, comme l'a souligné une doctrine abondante, comme une référence implicite majeure du contrôle de constitutionnalité des lois aujourd'hui* ».

Valembois à ce propos, « *la sécurité juridique est matériellement constitutionnalisée, à défaut de l'être formellement*[2129] ».

Le Conseil constitutionnel impose deux grandes exigences à destination de la loi[2130] qui permettent de considérer que la sécurité juridique[2131] fait partie des contraintes constitutionnelles qui s'imposent au législateur[2132] : la non-rétroactivité des lois[2133] et une certaine qualité[2134]. Sur ce dernier point, une certaine qualité de la loi, il peut s'agir, et la liste n'est pas exhaustive, d'imposer au législateur un principe constitutionnel « *d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi*[2135] », c'est-à-dire à la fois l'accès matériel aux règles et leur bonne compréhension, de clarté de la loi[2136] ou de « *stabilité des situations contractuels*[2137] ».

[2129] A-L. Valembois, « La sécurité juridique: une constitutionnalisation en marche mais non aboutie (Bilan de la jurisprudence constitutionnelle de 2005) », *op.cit.*, p. 7.
Dans sa thèse de doctorat, Mme Valembois évoque, également, des hypothèses où, de façon incidente, le juge constitutionnel est amené à protéger la sécurité juridique. A-L. Valembois, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique*, Paris, LGDJ, 2005, p. p. 261 et suiv.

[2130] O. Dutheillet de Lamothe, « La sécurité juridique. Le point de vue du juge constitutionnel », *op. cit.*

[2131]Voir sur ce point, B. Mathieu, « Constitution et sécurité juridique », *op.cit.*, p. 156 : « *En droit français, la sécurité juridique ne peut être conçue comme un principe autonome au regard d'autres principes comme la non rétroactivité, la protection des droits acquis, la confiance légitime, la légalité ou la qualité de la loi. C'est plutôt un concept qui englobe tout ou partie des exigences qui viennent d'être citées (...) En fait ce principe, nulle part affirmé mais qui bénéficie d'une effectivité réelle est en quelque sorte un principe fédérateur* ».

[2132] *Ibid.* Dans le même sens, le Professeur Mathieu relève que le Conseil constitutionnel a tiré les conséquences d'un tel principe à propos des validations législatives, de la non-rétroactivité de la loi, de la clarté de la loi, de la liberté contractuelle et de la stabilité juridique, ce qui renvoie aux mêmes domaines que M. Dutheillet de Lamothe. B. Mathieu, *La sécurité juridique : un principe constitutionnel clandestin mais efficient*, *op. cit*. Mme Valembois considère quant à elle, que de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, « *deux orientations majeures se dessinent ainsi : une amélioration de la qualité formelle des lois et du droit ainsi qu'une régulation temporelle de l'action législative* ». Voir A-L. Valembois, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, *op. cit.*, p. 255 et suiv.

[2133] En matière de non-rétroactivité, l'enjeu du contrôle, pour tout autre domaine que le domaine répressif, est dans l'appréciation du motif d'intérêt général mobilisé par le législateur pour justifier l'application rétroactive des dispositions d'une loi et la vérification que la loi ne prive pas de garanties légales des exigences constitutionnelles. Voir *Supra*. Pour un exemple, C. Constit., n° 98-404 du 18 décembre 1998, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 1999*, Rec., p. 315. Dans cette décision, le Conseil constitutionnel a considéré que le motif invoqué dans la loi ne constituait pas un motif d'intérêt général suffisant. M. Dutheillet de Lamothe montre, sur ce point, que si le Conseil constitutionnel s'est toujours refusé à consacrer un principe général de non-rétroactivité des lois au-delà de la matière pénale et de l'article 8 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 selon lequel : « *nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit* », il vise néanmoins à limiter la non-rétroactivité dans les autres domaines. Il rappelle ainsi les termes d'une décision du 18 décembre 1998, aux termes de laquelle le juge considère que « *le principe de non-rétroactivité des lois n'a valeur constitutionnelle, en vertu de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, qu'en matière répressive ; que néanmoins, si le législateur a la faculté d'adopter des dispositions fiscales rétroactives, il ne peut le faire qu'en considération d'un motif d'intérêt général suffisant et sous réserve de ne pas priver de garanties légales des exigences constitutionnelles* ».

[2134] Sur cette question, voir D. Chamussy, « Le Conseil constitutionnel et la qualité de la législation », *RDP*, 2004, p. 1739.

[2135] Voir par exemple, C. Constit., n° 2004-499 DC du 29 juillet 2004, *Loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel*, Rec., p. 126. En l'espèce, le juge a considéré qu' « *il incombe au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution et, en particulier, son article 34. A cet égard, le principe de clarté de la loi, qui découle du même article de la Constitution, et l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des*

D'ailleurs, le dernier état de la jurisprudence permet d'apprécier l'ensemble des contraintes constitutionnelles qui pèsent sur le législateur conformément aux principes de clarté et d'intelligibilité de la loi[2138]. En effet, au travers d'un considérant de principe, le Conseil constitutionnel relève : « *Considérant qu'il appartient au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie l'article 34 de la Constitution ; qu'il doit, dans l'exercice de cette compétence, respecter les principes et règles de valeur constitutionnelle et veiller à ce que le respect en soit assuré par les autorités administratives et juridictionnelles chargées d'appliquer la loi ; qu'à cet égard, le principe de clarté de la loi qui découle du même article de la Constitution, et l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, lui imposent, afin de prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques*[2139] ».

Dans l'appréciation pratique des lois soumises à son contrôle, le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de considérer que certaines dispositions heurtent le principe constitutionnel de clarté de la loi, compte tenu de leur caractère « *tautologique*[2140] », de leur « *portée normative incertaine*[2141] », de leur « *caractère imbriqué*[2142] » ou encore de façon plus ténue, compte tenu de l'ambiguïté de certains mots choisis par le législateur[2143].

---

articles 4, 5, 6 et 16 de la déclaration de 1789, lui imposent d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques afin de prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur les autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi » .

[2136] Voir, not. C. Constit., n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, *Loi de modernisation sociale*, Rec., p. 49. Dans cette décision, le Conseil constitutionnel considère de façon explicite, que « *le principe de clarté de la loi, qui découle de l'article 34 de la Constitution, et l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, lui imposent, afin de prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques* ».

[2137] C. Constit., n° 98-401 DC du 10 juin 1998, *Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail*, Rec., p. 258.

[2138] Voir sur ce point, O. Dutheillet de Lamothe, « La sécurité juridique. Le point de vue du juge constitutionnel », exposé fait à l'occasion de l'accueil de hauts magistrats brésiliens le 20 septembre 2005, disponible sur le site du Conseil constitutionnel, à l'adresse suivante : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/securitejuridique.pdf.

[2139] Voir par exemple, C. Constit., n° 2003-475 DC du 24 juillet 2003, *Loi portant réforme de l'élection des sénateurs*, Rec., p. 397. Voir également, Service juridique du Conseil constitutionnel, « Le Conseil constitutionnel et la transparence juridique », disponible sur le site internet du Conseil constitutionnel, à l'adresse suivante: http://www.conseil-constitutionnel.fr/

[2140] Voir en ce sens, C. Constit., n° 2004-500 DC du 29 juillet 2004, *Loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales*, Rec, p. 116.

[2141] C. Constit., n° 2004-500 DC du 29 juillet 2004, *Loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales*, *Ibid*.

[2142] C. Constit., n° 2005-530 DC du 29 décembre 2005, *Loi de finance pour 2006*, Rec., p. 168.

[2143] Voir par exemple, C. Constit., n° 2003-475 DC du 24 juillet 2003, *Loi portant réforme de l'élection des sénateurs*, *op.cit*., p. 397.

Par conséquent, le Conseil constitutionnel contribue à adapter la législation afin que celle-ci garantisse davantage de sécurité pour ses destinataires. Si donc la Constitution ne parle pas en tant que telle d'une exigence constitutionnelle de sécurité juridique, il existe aujourd'hui des principes constitutionnels satellites qui s'en inspirent directement au point de lui conférer une existence parmi les règles de valeur constitutionnelle[2144]. L'analyse de la jurisprudence montre sans nul doute que si la notion de sécurité juridique n'est pas une norme constitutionnelle à part entière, le Conseil constitutionnel néanmoins, et selon les dires de François Luchaire sur ce point, garantit « *aux personnes physiques et morales un environnement juridique décemment stable, intelligible et paisible*[2145] ».

Section 2/ Les difficultés pour connaître le droit né de la jurisprudence constitutionnelle

Les conséquences pratiques de l'empirisme du juge constitutionnel peuvent, et il ne s'agit pas de prétendre que ce sont les seules, se mesurer de deux façons. D'abord, sur la base des saisines du Conseil constitutionnel dont la motivation est de plus en plus développée, l'utilisation de la jurisprudence constitutionnelle montre qu'il apparaît, dans certains cas, délicat de connaître à l'avance, quelles sont les règles constitutionnelles qui s'appliquent pour apprécier la constitutionnalité d'une loi nouvelle (§1).

Ensuite, la création d'une loi, constitutionnelle ou ordinaire, dès lors qu'elle s'efforce de prendre en compte les acquis jurisprudentiels, porte le plus souvent les stigmates de l'empirisme du juge (§2).

Bien entendu, l'analyse ne repose que sur quelques exemples de saisines du Conseil constitutionnel et certains travaux préparatoires qui ont permis l'adoption d'une loi constitutionnelle ou ordinaire et ne prétend pas à l'exhaustivité. Elle vise seulement à essayer de dégager quelques tendances induites de ces exemples.

[2144] C'est la raison pour laquelle le Professeur Bertrand Mathieu qualifie le principe constitutionnel de sécurité juridique, de principe « *clandestin mais efficient*. » Voir B. Mathieu, « La sécurité juridique: un principe constitutionnel clandestin mais efficient », *in Droit constitutionnel, Mélanges Patrice Gélard*, Paris, Montchrestien, 1999, p. 301.

[2145] Voir Fr. Luchaire, « La sécurité juridique en droit constitutionnel français », le 1er septembre 2001, disponible sur le site du Conseil constitutionnel, à l'adresse suivante: http://www.conseil-constitutionnel.fr.

§1/ La motivation des saisines parlementaires au prisme de la jurisprudence constitutionnelle

Dans une étude systématique relative à la saisine du Conseil constitutionnel publiée en 1999, le Professeur Pascal Jan relève que « *la motivation est juridiquement inutile*[2146]». En effet, les moyens développés au sein des saisines ne lient pas le Conseil qui est censé apprécier la constitutionnalité de l'ensemble de la loi[2147]. Rappelé dans une décision du 30 décembre 1996 par exemple, la Conseil constitutionnel précise que l'effet d'une saisine parlementaire « *est de mettre en œuvre, avant la clôture de la procédure législative, la vérification par le Conseil constitutionnel de toutes les dispositions de la loi déférée y compris de celles qui n'ont fait l'objet d'aucune critique de la part des auteurs de la saisine*[2148]».

En pratique, certaines saisines ne sont pas motivées[2149]. C'est le cas, par exemple, de la saisine du Conseil par soixante sénateurs de la loi sur les contrôles et les vérifications d'identité, contestée « *sans développer à l'appui de la saisine aucun moyen particulier*[2150]».

Pour autant, l'évolution du contentieux constitutionnel[2151] montre que le juge répond très souvent à l'ensemble des moyens développés au sein des saisines[2152] et surtout, que les

---

[2146] Voir P. Jan, *La saisine du Conseil constitutionnel*, Paris, LGDJ, 1999, p. 296 et suiv.

[2147] La saisine du Conseil constitutionnel, compte tenu de cet aspect, correspond, fidèlement, à la définition donnée par Georges Vedel en 1995, au terme de laquelle « *la saisine est une procédure par laquelle il est demandé à l'organisme chargé de contrôler la constitutionnalité de la loi, d'examiner la loi dans son ensemble, dans sa totalité, même dans ses parties contre lesquelles la saisine n'élève aucun grief* ». G. Vedel, « La manière dont les saisines sont perçues par les membres du Conseil constitutionnel et prises en compte dans les discussions », *in* Association française des constitutionnalistes, *Vingt ans de saisine parlementaire du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1995, p. 57.

[2148] C. Constit., n° 96-386 DC du 30 décembre 1996, *Loi de finance rectificative pour 1996*, Rec., p. 154.
Cet aspect, d'ailleurs, est très souvent illustré par ce que le Professeur Dominique Rousseau appelle un « *considérant dit « balai »*», au terme duquel, le juge rappelle dans le corps de sa décision « *qu'en l'espèce, il n'y a pas lieu pour le Conseil constitutionnel de soulever d'office aucune question de conformité à la Constitution en ce qui concerne les autres dispositions de la loi soumise à son examen*.» Voir sur ce point, D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, 8e éd., Paris, Montchrestien, 2008, p. 193.

[2149] P. Jan, *La saisine du Conseil constitutionnel*, Paris, LGDJ, 1999, p.113.

[2150] Voir C. Constit., n° 86-211 DC du 26 août 1986, *Loi relative aux contrôles et vérifications d'identité*, Rec., p. 120. Dans le même sens, en 1996, le Conseil est invité à se prononcer sur la « *loi complétant le statut d'autonomie de la Polynésie française* », alors même que le premier ministre qui l'a saisi, « *n'invoque aucun grief particulier à l'encontre de la loi soumis à son examen* ». C. Constit., n° 96-374 DC du 9 avril 1996, *Loi complétant le statut d'autonomie de la Polynésie française*, Rec., p. 58.

[2151] Sur l'importance des saisines, voir B. Mercuzot, « Les saisines parlementaires dans le contrôle de constitutionnalité des lois », *in* Association française des constitutionnalistes, *Vingt ans de saisine parlementaire du Conseil constitutionnel*, *op.cit.*, p. 142. Ce dernier entend insister sur le fait que « *les saisines parlementaires ne sauraient être considérées comme un simple élément de mise en œuvre de ce contrôle sur lequel elles n'auraient qu'un impact quantitatif par le nombre de décisions qu'elles entrainent. Elles font au contraire partie intégrante de ce contrôle dont elles conditionnent nombre d'aspects* ». Quelques temps auparavant, le Professeur Mercuzot va même jusqu'à considérer que les saisissants représentent les « *« co-auteurs » des interprétations de la Constitution rendues par le Conseil dans ses décisions* ». B. Mercuzot, « Saisines parlementaires et constitutionnalisme », *in* CURAPP, *Droit et politique*, Paris, PUF, 1993, p. 65. Déjà, en 1928, Hans Kelsen considère que « *La question du mode d'introduction de la procédure devant le tribunal constitutionnel a une importance primordiale : c'est de sa solution que dépend principalement la mesure dans laquelle le tribunal*

saisines sont de plus en plus détaillées et mobilisent des arguments juridiques[2153]. Ainsi, souvent identifiée par le passé à un acte politique formé par les opposants à un projet de loi[2154], la saisine peut aujourd'hui faire l'objet d'une analyse proprement juridique. Ramené au propos, il s'agit alors d'interroger la façon dont les requêtes utilisent la jurisprudence du Conseil constitutionnel dans le but de démontrer l'inconstitutionnalité d'une loi[2155]. Deux tendances générales apparaissent. Soit les auteurs d'une saisine s'inspirent de décisions qui ont consacré des applications générales des principes constitutionnels dans le but de démontrer que la loi singulière soumise à l'examen du juge, mérite d'être évaluée dans le même sens (A), soit, et c'est le plus souvent le cas, ils se contentent de citer un ensemble de décisions d'espèce en les confrontant à la loi qui a provoqué la saisine (B).

A/ Les arguments jurisprudentiels d'une extrême généralité adaptés à un cas d'espèce: l'exemple du principe de libre administration des collectivités territoriales

Lorsqu'est soumise à l'examen du Conseil constitutionnel une loi chargée de règlementer le droit des collectivités territoriales, le « *principe jurisprudentiel de libre administration* » est très souvent invoqué par les requérants à l'appui d'une saisine[2156].

---

constitutionnel pourra remplir sa mission de garant de la Constitution ». H. Kelsen, « la garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle) », *RDP*, 1928, p. 197.

[2152] P. Jan, *La saisine du Conseil constitutionnel*, *op.cit*., p. 301. Voir également sur ce point, G. Vedel, « la manière dont les saisines sont perçues par les membres du Conseil constitutionnel et prises en compte dans les discussions », *op.cit.*, p. 62: « *La règle, qui est suivie d'une façon inébranlable, dont je n'ai jamais remarqué qu'elle fût rompue ou méconnue, depuis très longtemps, est qu'il faut répondre à tous les griefs énoncés de façon distincte, ou même de façon quelque fois confuse et qui sont renfermés dans la ou les saisines* ».

[2152] P. Jan, *La saisine du Conseil constitutionnel*, *op.cit.*, p. 481.

[2153] Le Professeur Pascal Jan évoque sur ce point, une « *juridicisation de la contestation* », *Ibid*. Il montre également que la motivation des requêtes est, le plus souvent, élaborée avec la collaboration de Professeurs de droit et, notamment, d'universitaires. Pour reprendre les termes de M. Jan, on assiste à des « *achats de recours » aux professeurs de droit lorsqu'il s'agit de présenter une théorie générale d'un principe* », *Ibid*., p. 484.

[2154] *Ibid.*, p. 301 ; G. Carcassonne, « la stratégie de ceux qui saisissent », *in* Association française des constitutionnalistes, *Vingt ans de saisine parlementaire du Conseil constitutionnel*, *op.cit.*, p. 49 et suiv.

[2155] B. Mercuzot, « Saisines parlementaires et constitutionnalisme », *op.cit.*, p. 67 : « *Les saisines se réfèrent abondamment aux décisions du Conseil qui constituent autant de justifications aux griefs avancés contre la loi* ».

[2156] Le principe de libre administration des collectivités territoriales fait partie, à n'en point douter, de ces principes qui sont invoqués quasi systématiquement à l'encontre d'une loi chargée de règlementer un aspect de la décentralisation. Cet aspect, plus généralement, est souligné par M. le Professeur Guy Carcassonne lorsqu'il considère que les requérants utilisent tous les moyens à disposition pour contester la conformité d'une loi à la Constitution. G. Carcassonne, « La stratégie de ceux qui saisissent », *op.cit.*, p. 49 : « *ils* (les parlementaires) *partent généralement d'un principe simple : tirer des flèches, et les faire de tous bois. Donc, on utilise tous les moyens à disposition dans les seules limites d'un minimum de raison. Mais il n'y a pas véritablement, il faut le reconnaître, de stratégie juridique, de soucis doctrinaux essentiels qui soient pris en considération par les auteurs des saisines* ». Dans cette intervention, M. Carcassonne montre que la stratégie des saisissants c'est finalement la non-stratégie, il s'agit « *d'un sujet virtuel* ». Voir par ailleurs, G. Vedel, « La manière dont les saisines sont perçues par les membres du Conseil », *op.cit*, p. 60 : « *on ne sait jamais ce qu'une cour de justice a*

En la matière, la première tendance observée, consiste à démontrer qu'une loi, quel que soit son objet, doit respecter les applications jurisprudentielles générales déduites du principe de libre administration des collectivités territoriales. Le plus souvent décharnée de l'ensemble des cas d'espèce, la jurisprudence constitutionnelle utilisée au travers des saisines, permet alors d'invoquer des motifs d'inconstitutionnalité qui devraient s'appliquer à toute loi sur la décentralisation.

En 1998 par exemple, soixante sénateurs décident de soumettre à l'appréciation du Conseil, la loi relative au fonctionnement des Conseils régionaux[2157]. Notamment, les requérants développent le moyen selon lequel en conditionnant l'élection du président du Conseil régional à la production d'une déclaration d'intentions en matière politique, économique et sociale avant chaque tour du scrutin[2158], la loi serait contraire au principe constitutionnel de libre administration des collectivités territoriales. Davantage, la sanction de nullité de l'élection du président, élu démocratiquement par l'assemblée régionale, irait à l'encontre du principe de libre d'administration tel que consacré par l'article 72 de la Constitution. Afin de conforter ce moyen, les sénateurs utilisent l'argument selon lequel le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de rappeler dans une décision du 8 août 1985 que conformément au principe de libre administration, « *l'organe délibérant doit disposer d'attributions effectives*[2159] ». Cette exigence, corollaire de la libre administration, permet alors aux saisissants de déduire par extension, et ce sont les termes de la saisine, que la libre administration s'étend à « *la faculté pour l'organe délibérant de choisir librement celui de ses membres appelé à la présider constitue une attribution majeure, expression même de la libre administration*[2160]».
Par conséquent, pour les sénateurs, la nullité de l'acte de nomination aux fonctions de président du Conseil régional à défaut de transmission de la déclaration écrite, porte atteinte à la libre administration des collectivités territoriales. D'ailleurs, pour conforter ce

---

dans la tête. Et on est capable de gagner sur un moyen qui ne valait pas quatre sous aux yeux mêmes de celui qui l'a soulevé. Donc, dans la barque on met à peu près tout ce dont on dispose comme arguments ».

[2157] La saisine par soixante sénateurs à propos de la loi relative au fonctionnement des Conseils régionaux, disponible sur le site du internet du Conseil constitutionnel, à l'adresse suivante: http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis 1959/1998/98-397-dc/saisine-par-60-senateurs.93224.html.

[2158] L'article 1er de la loi est ainsi rédigé: « *Nul ne peut être élu président s'il n'a, préalablement à chaque tour de scrutin, remis aux membres du conseil régional, par l'intermédiaire du doyen d'âge, une déclaration écrite présentant les grandes orientations politiques, économiques et sociales de son action pour la durée de son mandat* ».

[2159] Saisine par soixante sénateurs à propos de la loi relative au fonctionnement des Conseils régionaux, *op.cit.*

[2160] *Ibid.*

raisonnement, ils invoquent également une décision du 20 janvier 1984[2161] alors même que les dispositions législatives sont très différentes et soulèvent d'autres aspects. En effet, le Conseil constitutionnel a jugé contraire au principe de libre administration consacré à l'article 72 de la Constitution, une disposition de la loi relative aux statuts dans la fonction publique territoriale prévoyant que, même s'agissant de collectivités non affiliées à un centre de gestion, celles-ci doivent transmettre les vacances d'emploi au centre, à moins de provoquer la nullité des nominations[2162]. Précisément, ce cas d'espèce permet aux sénateurs de considérer que la peine de nullité prévue pour le président du Conseil général au moment de son élection s'il ne transmet pas de déclaration de politique générale aux membres du conseil général doivent être considérées comme entravant la libre administration dans le même sens que ce qu'a décidé le Conseil en 1984.

Par ailleurs, à l'appui d'une saisine en 1994[2163], et il s'agit d'un second exemple, les saisissants s'efforcent de démontrer qu'une loi qui prévoit le report du scrutin municipal quelques semaines après l'élection présidentielle serait contraire à l'une des applications du principe de libre administration, le respect d'une périodicité raisonnable en matière d'exercice du droit de suffrage au niveau local[2164].

Sur ce point, les requérants montrent que c'est sur la base de critères « *d'objectivité et de clarté*[2165] » que doit être fixée par le législateur, l'organisation du suffrage local à moins de méconnaître le principe constitutionnel de libre administration des collectivités territoriales. Plus précisément, ressortent d'une décision du 8 janvier 1988 selon les saisissants, les conditions dans lesquelles la fixation des modalités d'organisation des élections locales respecte les règles de droit constitutionnel. A propos d'élections cantonales partielles en effet,

---

[2161] Voir C. Constit., n° 83-168 DC du 20 janvier 1984, *Loi portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique statutaire*, Rec., p. 38.

[2162] *Ibid.* : « *Considérant que, si la communication de ces renseignements aux centres de gestion peut être requise de toutes les collectivités, même non obligatoirement affiliées à ceux-ci, la sanction infligée à ces dernières porte atteinte à la libre administration garantie par la Constitution, puisqu'elle frappe de nullité les nominations effectuées par une autorité territoriale libre, dans le respect de l'article 42, 1er alinéa, du recrutement de ses agents ; que la deuxième phrase du deuxième alinéa de l'article 23 n'est donc pas conforme à la Constitution*».

[2163] Voir la saisine par soixante sénateurs à propos d'une loi relative à la date du renouvellement des conseillers municipaux, disponible sur le site du Conseil constitutionnel, à l'adresse suivante : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis 1959/1994/94-341-dc/saisine-par-60-senateurs.92445.html

[2164] *Ibid.* : « *Le législateur est compétent pour fixer les règles concernant le régime électoral des assemblées locales et peut, à ce titre, déterminer la durée du mandat des élus qui composent l'organe délibérant d'une collectivité territoriale. Cette compétence a été confirmée par le Conseil constitutionnel notamment dans sa décision n° 90- 280 du 6 décembre 1990 relative à la loi organisant la concomitance des renouvellements des conseils généraux et des conseils régionaux qui précise que « toutefois, dans l'exercice de cette compétence, il (le législateur) doit se conformer aux principes d'ordre constitutionnel qui impliquent notamment que les électeurs soient appelés à exercer selon une périodicité raisonnable leur droit de suffrage* ».

[2165] *Ibid.*

le Conseil constitutionnel a considéré qu'en « *raison des garanties d'objectivité qui doivent présider à toute consultation électorale, le délai susceptible d'être retenu ne doit pas ouvrir à l'autorité administrative une possibilité de choix telle qu'elle puisse engendrer l'arbitraire, le délai risquerait d'affecter les conditions d'exercice de la libre administration des collectivités territoriales*[2166]». Les sénateurs en déduisent alors que le législateur chargé d'organiser les élections locales, doit toujours suivre des « *garanties idoines d'objectivités tendant à préserver le caractère démocratique et sincère des élections et du scrutin*[2167]». Par conséquent, l'induction de ces garanties sur la base de la jurisprudence constitutionnelle leur permet de montrer qu'en l'espèce, le report de l'élection municipale méconnaît l'intangibilité de la durée du mandat.

Enfin, la récente saisine par soixante députés de la loi de réforme des collectivités territoriales est très intéressante dans la mesure où les députés ont à nouveau épaulé leur moyen d'une interprétation extensive des décisions du Conseil constitutionnel appliquée au cas, mais cette interprétation est de surcroît confortée par des d'analyses doctrinales. Ainsi, afin de démontrer que la création du conseiller territorial, représentant tout à la fois du conseil régional et du conseil général, va à l'encontre du droit pour une collectivité de disposer d'attributions effectives[2168], les députés mobilisent les travaux de la doctrine. L'essentiel du moyen développé par les députés tend précisément à montrer qu'à partir de la jurisprudence qui rappelle que « *pour s'administrer librement, toute collectivité territoriale doit disposer d'une assemblée délibérante élue dotée d'attributions effectives*[2169] », il est possible, alors même que le juge ne s'est jamais prononcé en ce sens, de considérer que « *chaque collectivité doit être gérée par un organe délibérant qui lui soit propre, lui-même composé d'élus qui lui sont propres*[2170]. » En réalité, c'est cette extension qui est confortée par un certain nombre de travaux doctrinaux, le plus souvent favorables à la garantie fonctionnelle et institutionnelle des collectivités[2171].

[2166] C. Constit., n° 87-233 DC du 8 janvier 1988, *Loi relative aux élections cantonales*, Rec., p. 9.
[2167] Voir la saisine par soixante sénateurs à propos d'une loi relative à la date du renouvellement des conseillers municipaux, *Op.Cit.*
[2168] Voir sur ce point, C. Constit., n° 85-196 DC du 8 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, Rec., p. 63.
[2169] *Ibid*.
[2170] Voir la saisine par soixante députés à propos de la loi relative à la réforme des collectivités territoriales, disponible sur le site internet du Conseil constitutionnel : http://www.conseil-constitutionnel.fr.
[2171] Parmi les nombreux travaux cités dans le cœur même de la saisine, voir not., G. Chavrier, « Les conseillers territoriaux: questions sur la constitutionnalité d'une création inspirée par la Nouvelle-Calédonie », *AJDA*, 2009, p. 2380.

B/ Le rapprochement de décisions d'espèce à la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel

Si les saisines utilisent parfois les principes constitutionnels généraux tirés de la jurisprudence, dans d'autres cas, la motivation des requérants symbolise davantage les difficultés pour appréhender le droit jurisprudentiel dans sa généralité. La démarche retenue par la saisine consiste alors parfois à inviter le juge à étendre la solution dégagée dans un cas particulier antérieur, à une loi nouvelle qui s'inscrit dans le même domaine (1). Dans d'autres cas, les saisissants suggèrent de reconsidérer l'ensemble du droit applicable à la constitutionnalité d'une loi, à partir d'un ensemble de décisions d'espèce, d'une combinaison de décisions circonstancielles (2).

1/ Un raisonnement par analogie : la transposition d'une position jurisprudentielle circonstancielle à la loi déférée au Conseil constitutionnel

Dans l'utilisation de la jurisprudence constitutionnelle, les requêtes mobilisent très souvent un raisonnement par analogie. Plus précisément, la démarche consiste à s'inspirer de décisions qui, bien que ne valant que pour le cas d'espèce sur la base duquel le Conseil constitutionnel est saisi, seraient susceptibles d'être étendues à une loi nouvelle.

Ainsi, par exemple, à propos de la loi de programme fixant les orientations de la politique énergétique, les députés s'efforcent de démontrer qu'elle provoque une sorte de « *recentralisation*[2172] » de la répartition des compétences, alors que la France est engagée dans un processus continu de décentralisation[2173]. Juridiquement, la saisine prétend que la disposition de la loi qui confie au préfet la compétence pour créer des zones de développement de l'énergie éolienne au niveau local, méconnaît le principe de libre administration prévu à l'article 72 de la Constitution. Pour reprendre les termes mêmes de la saisine sur ce point, les députés relèvent qu'alors que « *l'article 34 de la Constitution dispose que la loi détermine les principes fondamentaux de la libre administration des collectivités locales, de leurs compétences et de leurs ressources et alors que l'article 72 de la*

[2172] Voir la saisine par soixante députés à propos de la loi de programme fixant les orientations de la politique énergétique, disponible sur le site du Conseil constitutionnel à l'adresse suivante: http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2005/2005-516-dc/saisine-par-60-deputes.87057.html

[2173] *Ibid.*

Constitution prescrit que lesdites collectivités ont vocation à prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en œuvre à leur échelon, le texte critiqué organise une recentralisation des compétences en matière d'aménagement de leur territoire par ces collectivités territoriales en faisant passer sous la tutelle des préfets de département la gestion de l'espace et de l'environnement[2174]».

Pour le démontrer, les saisissants s'appuient sur la décision du Conseil constitutionnel du 8 août 1985 qui déduit de la libre administration, la reconnaissance au profit des organes locaux élus, d'attributions effectives. Davantage, et pour rapprocher cette exigence au cas d'espèce, ils relèvent que par une décision du 20 janvier 1984, le Conseil constitutionnel considère qu'une loi qui prive une collectivité « *du droit de procéder librement à la nomination de leurs agents*[2175] » est contraire à la Constitution, comme celle « *qui prévoit la suspension automatique, pendant trois mois, de l'exécution des actes des collectivités en matière d'urbanisme, de marchés publics et de délégation de service public, lorsque le préfet aurait demandé le sursis à exécution*[2176]». Ces applications particuliers montrent, pour les députés, qu'à partir du moment où la capacité de décision des collectivités territoriales et leur liberté d'action sont limitées de façon excessive par une loi, cette loi heurte le principe de libre administration. De surcroît, la saisine montre que la loi sur l'énergie éolienne va à l'encontre du mouvement général de décentralisation entrepris par la France et notamment la récente réforme du 28 mars 2003 qui consacre un principe de subsidiarité en matière de délégation de compétences au niveau local[2177].

Par ailleurs, l'autre exemple significatif est celui des services publics qui découlent d'exigences constitutionnelles et pour lesquels le législateur ne peut procéder à un transfert du secteur public vers le secteur privé[2178]. Déterminant au gré des décisions d'espèce les services qui doivent rester la propriété de l'Etat, conformément aux prescriptions de l'alinéa 9 du Préambule de 1946, le Conseil constitutionnel n'offre aux requérants que la possibilité de

---

[2174] *Ibid.*
[2175] *Ibid.*
[2176] *Ibid.*
[2177] *Ibid.*: « *La disposition querellée va à rebours de la volonté expresse du Constituant. A lire le paragraphe II de l'article en cause, il apparaît qu'il appartient à la commune de faire une proposition et au Préfet de définir – soit donc de décider – le zonage valide. Ce mécanisme est un retour à la tutelle des actes des collectivités territoriales. Cette inversion de la logique constitutionnelle est l'œuvre depuis quelques années, et accélérée récemment, ne peut cependant se revendiquer d'aucune raison suffisante. En particulier, il n'a jamais été démontré pendant les travaux parlementaires en quoi la procédure du contrôle de légalité a posteriori, comprenant le déféré préfectoral, ne serait pas suffisant pour limiter les éventuelles appréciations erronées des communes intéressées* ».
[2178] Voir sur ce point, *Supra*., Titre 1er, Chapitre 1er.

démontrer qu'une loi nouvelle, compte tenu des exemples de services publics évalués jusqu'alors, est relative à un service qui devrait faire partie des services publics qui ont un fondement constitutionnel.

A ce propos, soixante députés saisissent le juge de la loi relative à l'entreprise publique La Poste et aux activités postales qui à titre principal, transforme son statut d'entreprise publique en société anonyme. Si aucune liste exhaustive de services publics ne peut être induite de la jurisprudence, relève la saisine, la doctrine intègre les services publics régaliens comme la justice, la police, la défense ou la diplomatie et la jurisprudence a eu l'occasion d'exclure de cette catégorie, les activités bancaires, la distribution de prêts bonifiés ou celle de gaz. Au terme de cette énumération, les députés considèrent qu'il serait « *hâtif d'exclure à son tour le service public de la poste* (…) », dans la mesure où « *plusieurs arguments militent fortement dans le sens de l'inclusion de ce service public au cœur même de la catégorie des services de nature constitutionnelle*[2179]». Pour le démontrer, plusieurs arguments sont développés. Notamment, relèvent les députés, la Poste représente le plus ancien service public, elle est créée sous Louis XI, et elle représente l'une des activités qui symbolise le mieux, les caractéristiques de « *notre organisation territoriale et du lien social*[2180]». D'ailleurs, aucune loi républicaine n'a jamais véritablement remis en cause les caractéristiques de ce service public national. Pour cette raison, les députés relèvent que le service de la Poste, replacé dans l'histoire nationale, est loin « *d'une simple commodité que la collectivité publique aurait prise en charge au hasard de l'histoire*[2181]». Au contraire, elle présente les traits d'une « *activité propre à la vie de la Nation et garantissant plusieurs équilibres majeurs de la cohésion du pays*[2182]». Ainsi, les députés suggèrent au Conseil constitutionnel de profiter de cette décision pour faire entrer cette activité de service public au sein de la catégorie des principes fondamentaux reconnus pas les lois de la République[2183].

[2179] *Ibid.*
[2180] *Ibid.*
[2181] *Ibid.*
[2182] *Ibid.*
[2183] Replacée dans les circonstances de l'espèce, la qualification de service public constitutionnel permet aux députés de reprocher à la loi l'absence de garanties suffisantes du maintien du service public de la Poste, dans le secteur public, dans la mesure où si l'Etat demeure majoritaire au sein du capital de la société anonyme, rien n'empêche une loi ultérieure de revenir sur la répartition du capital.

2/ La détermination du cadre constitutionnel applicable à la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel au travers d'une compilation de décisions d'espèce

Les saisines qui sont constituées sur la base d'une compilation de décisions d'espèce afin de définir le cadre constitutionnel applicable à la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel sont liées à des domaines constitutionnels qui en amont, ont été essentiellement réglés par la jurisprudence. Il s'agit notamment de domaines qui n'ont pas été prévus par le pouvoir constituant en 1958 mais qui doivent bénéficier d'une protection constitutionnelle.

L'un des domaines les plus représentatifs en la matière, est celui du respect de la souveraineté de l'Etat face aux avancées et à l'intégration du droit communnautaire en droit interne.
Confrontés à un ensemble de règles qui évoluent au gré des décisions du Conseil constitutionnel, les auteurs d'une saisine s'efforcent le plus souvent de retracer l'ensemble de la jurisprudence pour mettre en lumière l'incompatibilité du traité qu'ils soumettent au juge. Par exemple, à propos de la loi autorisant l'approbation de la convention d'application des accords de Schengen[2184], les auteurs de la saisine critiquent notamment l'article 2 de la loi qui prévoit que « *les frontières intérieures peuvent être franchies en tout lieu sans qu'un contrôle des personnes soit effectué*[2185]». Ils prétendent que cette disposition serait contraire à la Constitution, en ce qu'elle porte atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté et procède à un transfert de souveraineté vers des institutions internationales.
Au terme d'une énumération des différentes dispositions constitutionnelles qui s'intéressent à la souveraineté, les députés distinguent la « *souveraineté de droit interne* » de la « *souveraineté de droit international*[2186] », mais considèrent que ces deux acceptions renvoient à l'idée générale selon laquelle, le peuple, détenteur de la « *compétence première*[2187] », doit pouvoir s'opposer au transfert de cette compétence au niveau interne, à des organisations internationales. Pour autant, cet aspect est souligné au sein de la requête, si la souveraineté est consacrée au niveau constitutionnel, « *le texte même de la Constitution qui en pose le principe n'en précise nulle part le contenu, que la consultation des travaux*

[2184] Voir la saisine par soixante députés à l'occasion de l'adoption de la loi autorisant l'approbation de la convention d'application des accords de Schengen, disponible sur le site du Conseil constitutionnel, à l'adresse suivante : http://www.conseil-constitutionnel.fr.
[2185] *Ibid.*
[2186] *Ibid.*
[2187] *Ibid*.

préparatoires n'éclaire pas non plus[2188] ». C'est donc sur la base de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, les décisions n° 70-39 DC du 19 juin 1970[2189] et n° 76-71 DC du 29-30 décembre 1976[2190], que repose le moyen d'une contrariété de la loi avec le principe de souveraineté nationale.

Qualifiant le juge constitutionnel de défenseur des « *éléments et manifestations incompressibles de la souveraineté nationale*[2191] », les saisissants s'efforcent d'indentifier la nature de ces éléments et leurs domaines d'application. Il en résulte une énumération des cas dans lesquels le juge s'est jusqu'à présent prononcé, étant précisé, et ce sont les termes retenus par les députés, que « ***les domaines dans lesquels la souveraineté nationale est appelée à s'exercer ont été précisés, mais sans que cela ne puisse être considéré comme l'ayant été de manière définitive et encore moins exhaustive***[2192]».

Ainsi, relève la saisine, la souveraineté nationale s'exerce, conformément à la jurisprudence, dans les domaines de la monnaie, en matière judiciaire, pénale ou encore dans le domaine fiscal. Plus précisément, les saisissants relèvent qu'en matière monétaire, le Conseil constitutionnel fait du respect de la souveraineté nationale, l'existence « *d'une compétence exclusive des autorités nationales compétentes de choisir en toute liberté et indépendance leur propre système de change*[2193] » et en matière judiciaire, « *le respect de la souveraineté nationale implique que seules les autorités judiciaires françaises (...), soient reconnues compétentes pour accomplir en France (...), les actes qui peuvent être demandés par un autorité étrangère au titre notamment de l'entraide judiciaire*[2194] ». S'agissant enfin de la matière pénale, au nombre des conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale, le Conseil prend soin de préciser que figurent « *celles qui imposent à l'Etat le devoir d'assurer le respect des institutions de la République, ; la continuité de la vie de la nation, ainsi que la garantie des droits et libertés des citoyens*[2195]».

[2188] *Ibid.*

[2189] C. Constit., n° 70-39 DC du 19 juin 1970, *Traité signé à Luxembourg le 22 avril 1970 portant modification de certaines dispositions budgétaires des traités instituant les communautés européennes et du traité instituant un conseil unique et une commission unique des Communautés européennes des Communautés européennes et décision du Conseil des Communautés européennes en date du 21 avril 1970, relative au remplacement des contributions des Etats membres par des ressources propres aux Communautés*, Rec., p. 15.

[2190] C. Constit., n°76-71 DC du 29-30 décembre 1976, *décision du conseil des communautés européennes relative à l'élection de l'Assemblée des Communautés au suffrage universel direct*, Rec., p. 15.

[2191] Voir la saisine par soixante députés à propos de la loi autorisant l'approbation de la convention d'application des accords de Schengen, *op.cit.*

[2192] *Ibid.*

[2193] *Ibid.*

[2194] *Ibid.*

[2195] *Ibid.*

Par ailleurs, d'un point de vue matériel, à la question de savoir comment déterminer si une clause est susceptible de porter atteinte aux « *conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale* », les députés relèvent que « *en réalité, il est difficile de répondre à une telle question car le juge constitutionnel l'apprécie discrétionnairement*[2196]». « *Tout au plus* », précisent-ils, « *pouvons-nous dégager le domaine d'exercice de la souveraineté nationale, ce qui nous permettra dans un second temps d'apprécier dans quelles mesures les accords de Schengen empiètent sur celui-ci*[2197]». Sur ce point, la saisine prend appui sur une décision du 22 mai 1985[2198] qui détermine trois domaines essentiels qui ne peuvent être limités par l'adhésion de l'Etat à un traité : le devoir pour l'Etat, d'assurer le respect des institutions de la République, la continuité de la vie de la nation et la garantie des droits et des libertés des citoyens[2199].

Une fois le cadre constitutionnel identifié, il reste à montrer que les accords de Schengen méconnaissent ces règles, c'est-à-dire, en pratique, portent atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale. S'agissant du devoir pour l'Etat d'assurer le respect des institutions de la République, interprété par la saisine comme la nécessité de bénéficier d'un « *cadre dans lequel les institutions disposent d'un pouvoir suprême et inconditionné*[2200] », en supprimant les frontières intérieures il y a un risque de dysfonctionnement des institutions de la République puisque « *les limites de leur compétence territoriale deviennent confuses et incertaines*[2201]». Le respect des institutions est ainsi présenté sous la forme du respect des frontières étatiques, témoignant par là-même, de la potentielle plasticité de la notion de respect des institutions de la République.
Dans le même sens enfin[2202], les saisissants considèrent que les droits et garanties des citoyens sont menacés dans la mesure où « *la perméabilité des frontières constitue un réel danger pour*

[2196] *Ibid.*
[2197] *Ibid*.
[2198] C. Constit., n° 85- 188 DC du 22 mai 1985, *Protocole n°6 additionnel à la Convention européenne des Droits de l'homme et des libertés fondamentales concernant l'abolition de la peine de mort, signé par la France le 28 avril 1983*, Rec., p. 15.
[2199] *Ibid.*: « *que cet engagement international n'est pas incompatible avec le devoir pour l'Etat d'assurer le respect des institutions de la République, la continuité de la vie de la nation et la garantie des droits et des libertés des citoyens* ».
[2200] Voir la saisine par soixante députés à propos de la loi autorisant l'approbation de la convention d'application des accords de Schengen, *op.cit.*
[2201] *Ibid.*
[2202] Répondant à l'argumentation des requérants selon laquelle, l'article 2 de la Convention porterait atteinte aux conditions essentielles de la souveraineté, le Conseil envisage chacun des éléments qu'il avait énoncé dans sa décision du 22 mai 1985, pour se prononcer. Sur le devoir d'Etat d'assurer le respect des institutions, le Conseil considère que le « *franchissement des frontières sans qu'un contrôle des personnes soit nécessairement effectué n'est pas assimilable à une suppression ou à une modification des frontières qui, sur le plan juridique, délimitent*

la survie de notre système de protection sociale[2203] » et où « *rien ne garantit que des informations relatives aux opinions politiques des citoyens ne circuleront pas dans tous les Etats parties au système Schengen*[2204]».

Beaucoup plus récemment, à propos d'une loi relative aux droits d'auteur et aux droits voisins dans la société d'information, les saisissants prennent soin de rappeler les apports de la jurisprudence dans la détermination du cadre constitutionnel applicable à la protection de la propriété intellectuelle en lien avec les nouveaux moyens de diffusion de la pensée et notamment internet. Ainsi d'abord, le juge a eu l'occasion de considérer qu'il n'existe pas de « *régime spécifique de responsabilité pénale des hébergeurs distinct de celui applicable aux auteurs et aux éditeurs de messages* » qui permettrait d'écarter le principe de la légalité des peines et délits prévu par la Constitution et que « *la possibilité d'organiser des audiences dans des salles spéciales ou par des moyens de télécommunication audiovisuelle* » doit toujours s'assurer de garantir, de façon suffisante, « *la tenue d'un procès juste et équitable* ».

Ensuite, les députés, auteur de la saisine, s'appuient sur une décision qui « *en matière de droit de réponse et de prescription* » a permis au Conseil constitutionnel de relever le caractère manifestement excessif du régime institué, pour prendre en compte la situation particulière des messages exclusivement disponibles sur un support informatique. Enfin, l'organisation d'une « *procédure de réquisition administrative de données techniques de connexion* » doit respecter le principe constitutionnel de séparation des pouvoirs.

§2 / L'influence de la jurisprudence constitutionnelle dans l'élaboration d'une loi nouvelle

L'influence de la jurisprudence constitutionnelle dans l'élaboration d'une loi nouvelle peut être appréciée d'abord comme un argument en faveur de la codification. Plus précisément, il apparait possible de considérer que le recours fréquent en matière constitutionnelle, à des révisions est en partie lié à la volonté de consacrer dans le droit, certains principes tirés de la

---

la compétence territoriale de l'Etat ». De la même manière, les arguments développés quant à la continuité de la vie de la Nation ou aux droits et libertés des citoyens, sont rejetés par le juge constitutionnel. C. Constit., n° 91-294 DC du 25 juillet 1991, *Loi autorisant l'approbation de la convention d'application des accords de Schengen*, Rec., p. 91.

[2203] *Ibid.*

[2204] *Ibid.*

jurisprudence. Instable et évolutive, la jurisprudence offre aux auteurs d'un projet de la loi constitutionnelle, un argument sur les bienfaits du droit écrit (A).
Ensuite, il est des cas où le législateur, constituant ou ordinaire, est conduit à traduire directement la jurisprudence dans le droit écrit (B).
D'une façon générale, dans ces deux cas, la coloration jurisprudentielle du droit constitutionnel fragilise le droit écrit.

A/ La mise en opposition du droit écrit et du droit jurisprudentiel au niveau constitutionnel : la codification, vecteur de sécurité juridique

Les discussions qui opposent les porteurs et les opposants à un projet de loi constitutionnelle conduisent fréquemment à mettre dos à dos le droit écrit et le droit né de la jurisprudence. A propos de deux exemples particuliers, la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République[2205] et la loi constitutionnelle du 1er mars 2005 relative à la Charte de l'environnement[2206], il apparaît que si les auteurs d'un projet de loi constitutionnelle soulignent les vertus de stabilité du droit écrit (1), les opposants s'efforcent, quant à eux, de montrer qu'un texte écrit n'empêche pas *a posteriori*, les multiples interprétations de la part du Conseil constitutionnel, interprétations dont il est impossible de mesurer la portée au moment de l'élaboration d'un texte (2).

1/ Réviser la Constitution afin de compenser les incertitudes jurisprudentielles

A l'occasion des débats relatifs à l'adoption de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République, le Gouvernement, porteur du projet de révision de la Constitution, entend montrer toutes les insuffisances de la protection jurisprudentielle de l'autonomie des collectivités territoriales, qui repose jusqu'alors sur l'interprétation de l'article 72 de la Constitution[2207] par le juge constitutionnel. Cet argument

[2205] Loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République, JO n° 75 du 29 mars 2003, p. 5568.
[2206] Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1er mars 2005 relative à la Charte de l'environnement, JO n° 51 du 2 mars 2005, p. 3697.
[2207] En vertu de l'article 72 de la Constitution du 4 octobre 1958 : « *Les collectivités territoriales de la République sont les communes, les départements, les territoires d'outre-mer. Toute autre collectivité territoriale est créée par la loi* ». « *Ces collectivités s'administrent librement par des conseils élus et dans les conditions*

permet de déduire la nécessité d'introduire au sein de la Constitution, de nouvelles dispositions qui protègent le droit constitutionnel de la décentralisation.

Par exemple, au travers du rapport établi par M. Garrec au nom de la commission des lois constitutionnelles[2208], il est souligné que la protection constitutionnelle de la décentralisation en l'état actuel, apparaît fragile. Plus précisément, s'agissant du principe de libre administration, il est établi que s'il est protégé par le Conseil constitutionnel, il est néanmoins, et ce sont les termes utilisés par le rapport, « *dépourvu de véritable substance et fragile*[2209]».

A titre principal, le rapport suggère que sous le prisme de la jurisprudence, l'autonomie des collectivités territoriales n'est qu'imparfaitement consacrée dès lors que le juge s'efforce de concilier la décentralisation avec les principes liés à l'Etat unitaire[2210]. Pour en montrer la teneur et l'imprécision, le rapport dresse une liste des implications déduites par le Conseil constitutionnel du principe de libre administration des collectivités, une liste élaborée au gré des saisines par le juge constitutionnel.

Ainsi, et pour rester fidèle au rapport, sont rappelées successivement les décisions qui ont permis au Conseil de considérer que la libre administration suppose que chaque collectivité « *dispose d'un conseil élu doté d'attributions effectives*[2211]», celles qui imposent au législateur de ne pas faire subir « *aux collectivités territoriales des contraintes excessives*[2212]» ou qui l'obligent à exercer l'ensemble de ses compétences, en ne se contentant pas de renvoyer « *à une convention conclue entre collectivités le soin de fixer les conditions d'exercice des compétences*[2213]». Dans le même sens, le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de considérer que « *la liberté contractuelle des autorités locales ne pouvait subir sans justification appropriée, une contrainte excessive*[2214]».

De façon plus particulière en matière financière, le juge constitutionnel relève que « *si le législateur est compétent pour définir les catégories de dépenses qui revêtent pour les collectivités territoriales un caractère obligatoire (...), les obligations ainsi mises à la charge d'une collectivité territoriale doivent être définies avec précision quant à leur objet et à leur portée et ne sauraient méconnaître la compétence propre des collectivités territoriales ni*

---

prévues par la loi ». « *Dans les départements et les territoires, le délégué du Gouvernement a la charge des intérêts nationaux, du contrôle administratif et du respect des lois* ».

[2208] Voir le Rapport établi par M. Garrec, au nom de la commission des lois constitutionnelle déposé le 23 octobre 2002, disponible sur le site du Sénat à l'adresse suivante : http://www.senat.fr/rap/l02-027/l02-027.html.

[2209] Rapport établi par M. Garrec, *Ibid*., p.19.

[2210] *Ibid*. : « *S'il en a clairement affirmé la valeur constitutionnelle, le Conseil constitutionnel en a atténué la portée en le conciliant avec d'autres principes et en tolérant des atteintes graves à l'autonomie locale* ».

[2211] *Ibid*., p. 21.

[2212] *Ibid*.

[2213] *Ibid*., p. 22.

[2214] *Ibid*.

entraver leur libre administration[2215] ». En pratique s'agissant de la compétence du législateur, il peut s'agir de la fixation des « *limites à l'intérieur desquelles une collectivité territoriale peut être habilitée à fixer elle-même le taux d'une imposition établie en vue de pourvoir à ses dépenses*[2216] ». Pour autant, cette compétence doit être exercée jusqu'au moment où la loi aurait « *pour effet de restreindre les ressources fiscales des collectivités territoriales au point d'entraver leur libre administration*[2217] ».

Dans le prolongement et conformément à la même démarche, c'est-à-dire en se fondant directement sur les apports de la jurisprudence en matière de décentralisation, le rapport montre encore les failles dans la protection de l'autonomie locale sous l'empire de la Constitution non amendée. L'idée générale défendue par le rapport est qu'une analyse de la jurisprudence démontre que le Conseil constitutionnel n'a que très rarement eu l'occasion de censurer des lois contraires au principe de libre administration des collectivités territoriales[2218]. Par exemple et de façon circonstancielle, le juge a déclaré contraires à la Constitution, « *des dispositions qui privaient les collectivités territoriales du droit de se prononcer librement sur les créations et suppressions d'emplois et de procéder librement à la nomination de leurs agents*[2219] », d'autres qui, en matière de délégation de service public, prévoyaient « *que la prorogation de la durée de ces délégations ne pourrait atteindre qu'un tiers de la durée initialement prévue*[2220] » ou encore qui imposaient « *la publicité des séances des commissions permanentes des conseils régionaux alors que cette question relevait du règlement intérieur des assemblées délibérantes*[2221] ».

Conséquence de l'empirisme du juge et de la détermination des facettes de la libre administration en lien avec la loi sur la base de laquelle le Conseil est saisi, le principe jurisprudentiel de libre administration n'est donc, pour M. Garrec, pas suffisamment protecteur de l'autonomie des collectivités. Sur ce point, afin de montrer que la libre administration est d'application à géométrie variable compte tenu des contraintes contentieuses, le rapport relève que la règlementation des recettes fiscales des collectivités dans le sens de restrictions, a toujours été jugée conforme à la Constitution dans la mesure où le Conseil constitutionnel a toujours évité de déterminer « *le seuil en deçà duquel toute*

[2215] *Ibid*.
[2216] *Ibid*.
[2217] *Ibid*.
[2218] *Ibid*., p. 23 : « *Les décisions du Conseil constitutionnel censurant des atteintes à la libre administration des collectivités territoriales ont été extrêmement rares* ».
[2219] *Ibid*., p. 22.
[2220] *Ibid*.
[2221] *Ibid*.

nouvelle suppression de recettes fiscales serait considérée comme une entrave à la libre administration[2222]». Pour le dire différemment, le principe jurisprudentiel de libre administration est parcellaire dans la mesure où la jurisprudence ne permet pas d'envisager dans leur généralité, les implications nécessaires de l'autonomie locale[2223].

Pour terminer et afin de conforter l'analyse dans un autre domaine, c'est une logique un peu similaire qui est défendue par les partisans d'une révision de la Constitution, afin d'y introduire la Charte de l'environnement et de conférer une valeur constitutionnelle au principe de précaution. Lors des discussions à l'Assemblée, c'est l'article 5 de la Charte qui est le plus controversé. Il prévoit que : « *Lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution, à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin d'éviter la réalisation du dommage ainsi qu'à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques encourus*[2224] ».

Consacré jusqu'alors par différentes juridictions, au premier chef par la Cour de justice des communautés européennes, l'inscription dudit principe au sein de la Constitution a notamment pour avantage de mettre fin aux incertitudes de la jurisprudence et de renforcer la sécurité juridique. En ce sens, Mme Pécresse souligne par exemple, que « ***les contentieux fondés sur ce principe sont aujourd'hui très nombreux et leur issue incertaine. En l'absence d'énoncé clair du principe de précaution, les juges ont développé, sans***

[2222] *Ibid*.

[2223] C'est très précisément cette idée qui est développée par le gouvernement lors des débats parlementaires : la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur la base de l'article 72 qui consacre la libre administration des collectivités territoriales ne permet pas de connaître avec précision, l'étendue de l'autonomie locale. Par exemple, dès la première séance de discussion à l'Assemblée Nationale, M. le Garde des Sceaux relève : « *Quel bilan tirer de ces années passées ? La libre administration des collectivités territoriales, pourtant réaffirmée par le Conseil constitutionnel, demeure trop souvent une intention qui doit se traduire dans la réalité* ». Il ajoute « *Aujourd'hui, aucune disposition ne consacre explicitement dans la Constitution l'autonomie financière des collectivités territoriales. Le Conseil constitutionnel a, certes, développé une jurisprudence en ce sens, fondée sur le principe de libre administration, mais, à défaut d'une base plus précise, celle-ci est nécessairement demeurée limitée. Elle n'a donc pu faire obstacle à un véritable mouvement de recentralisation financière* ».
De la même façon, M. Clément, Président de la Commission des lois, considère que « *Le principe de libre administration des collectivités locales, affirmé par l'article 72 de notre Constitution, a marqué ses limites. En effet, si le juge constitutionnel s'est attaché à en préciser les contours, il n'a pu lui donner plus de portée qu'il n'en a. Ses décisions censurant les atteintes à ce principe restent donc extrêmement rares. En outre, le Conseil a été contraint de le concilier avec d'autres principes constitutionnels, qui sont ceux de l'indivisibilité de la République et de l'égalité des citoyens devant la loi* ». Face au phénomène de recentralisation fiscale, il montre que « *le Conseil constitutionnel n'est pas apparu d'un grand secours face à cette évolution, preuve que le principe de libre administration des collectivités territoriales ne suffit pas à protéger ces dernières contre ce qui apparaît comme un processus de recentralisation* ». Voir la première séance à l'Assemblée Nationale du 19 novembre 2007 à l'entrée « *dossiers législatifs* » sur le site internet « *Légifrance* » : http://www.assemblee-nationale.fr.

[2224] Voir le dossier législatif sur la loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1er mars 2005 relative à la Charte de l'environnement, disponible sur le site internet « *Légifrance* » à l'adresse suivante :
http://www.legifrance.gouv.fr.

encadrement, leur jurisprudence[2225] ». De la même façon, M. Bignon entend montrer que la consécration formelle du principe de précaution au sein de la Constitution, est susceptible d'accroître la sécurité juridique et de donner au Conseil constitutionnel un fondement solide pour développer une jurisprudence plus stable. Il relève ainsi que « *le droit de l'environnement était souvent abandonné à la création prétorienne, les principes généraux, de caractère souvent déclaratoires, ayant peu de force normative et laissant les coudées franches au juge. Ainsi l'inscription d'une séquence supplémentaire dans le droit contemporain - « nouvelle génération des droits de l'homme », comme l'écrit très justement notre rapporteur, sciemment adjointe au bloc de constitutionnalité, permettra-t-elle au Conseil constitutionnel d'élaborer, en se fondant sur les articles de la Charte mais aussi sur nos travaux préparatoires, une jurisprudence solide garantissant à tous une sécurité juridique véritable*[2226] ».

2/ Les opposants à un projet de loi : les risques en aval, d'une jurisprudence imprévisible et instable

L'utilisation de la jurisprudence du Conseil constitutionnel par l'opposition à un projet de loi va très souvent dans le même sens au sein des débats parlementaires. Il s'agit à titre principal, de montrer qu'un texte en cours d'adoption, compte tenu de termes trop généraux, laisse une marge de manœuvre trop importante entre les mains du juge et que le sens de l'interprétation du texte par le Conseil, risque de provoquer une jurisprudence imprévisible et instable.
L'exemple de la loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République est à cet égard à nouveau très éclairant. Notamment, Mme Royal considère que la rédaction « *l'organisation de la République est décentralisée* », « *pourrait conduire le Conseil constitutionnel à autoriser que le principe de la décentralisation prévale sur les autres principes énoncés à l'article 1er de la Constitution, ce qui signifie précisément que l'on pourrait légalement décentraliser au détriment des principes d'égalité, de laïcité, de démocratie ou d'indivisibilité de la République*[2227]». M. Vuilque s'exprime dans le même

[2225] *Ibid*. Voir spéc. la séance du 25 mai 2004 à l'Assemblée Nationale. Lors de cette séance, M. Garrige relève « *ce texte serait destiné à corriger certains effets de la loi Barnier, en particulier de l'article L. 110-1 du code de l'environnement qui a donné lieu à une jurisprudence abondante et souvent confuse* ».
[2226] Voir la 1re séance du 26 mai 2004 à l'adresse suivante : http://www.assemblee-nationale.fr/12/cri/2003-2004/20040231.asp#P353_60702.
[2227] Voir la 2e séance à l'Assemblée Nationale du 19 novembre 2002 : http://www.assemblee-nationale.fr/12/cri/2002-2003/20030069.asp#TopOfPage.

sens : « *Elever au rang de ce principe d'organisation ceux d'indivisibilité, de laïcité, de démocratie et d'égalité, c'est dévaloriser nos principes fondamentaux, c'est aussi introduire une incertitude juridique dangereuse. En effet, cette rédaction pourrait conduire le Conseil constitutionnel à accepter que le principe de décentralisation prévale sur les autres principes affirmés à l'article 1er. C'est un danger réel et il ne serait pas acceptable que l'organisation décentralisée se fasse, notamment, au détriment du principe d'égalité. Imaginez demain qu'une décision remette en cause la laïcité et le principe de neutralité et d'égalité en matière d'enseignement, par exemple*[2228] ». Il ajoute plus tard dans l'avancée des débats, s'agissant de ce qu'il désigne comme une exigence de « *« qualité » de la rédaction*[2229]», que « *la référence à la décentralisation à l'article 1er risquait, telle qu'elle est proposée, de modifier la hiérarchie des normes et d'aboutir à ce que le Conseil constitutionnel privilégie la notion de décentralisation au détriment des principes de laïcité et d'égalité, par exemple. Nous sommes convaincus que les précisions que nous voulons introduire sont particulièrement utiles et qu'elles éviteraient une interprétation qui pourrait être faite par le Conseil constitutionnel*[2230] ».

Plus récemment, ce sont les mêmes craintes qui sont exprimées à propos de la volonté d'adosser au Préambule de la Constitution, la Charte de l'environnement. Essentiellement, il est souligné que l'intégration de la Charte au bloc de constitutionnalité, donne un pouvoir d'interprétation trop important au juge constitutionnel et il apparaît impossible de déterminer le sens que donnera le Conseil constitutionnel, à ces nouvelles dispositions constitutionnelles. En ce sens, M. Caresch considère que « *Nous ne pouvons, quelles que soient nos convictions en matière d'environnement, entériner un texte dont la marque serait l'incertitude juridique. Ce n'est pas une question qui oppose les défenseurs et les opposants au droit à l'environnement car l'incertitude joue, si j'ose dire, dans les deux sens. Certains peuvent*

[2228] Voir 1re séance à l'Assemblée Nationale du 21 novembre 2002 : http://www.assemblee-nationale.fr/12/cri/2002-2003/20030072.asp#TopOfPage.

[2229] Voir la 2e séance du 19 novembre 2002, *op.cit.*

[2230] *Ibid.* Cet aspect avait déjà été souligné, s'agissant de l'article 1er de la Constitution, lors de l'adoption du projet devant le Sénat. Voir par exemple, l'intervention de M. Peyronnet à l'occasion de la séance du 30 octobre 2002 : « *Dans la discussion générale, j'ai exprimé les craintes qu'il me semblait impossible de ne pas nourrir sur des interprétations possibles du juge constitutionnel relativement à la prééminence éventuelle du principe de décentralisation sur les principes d'égalité ou de laïcité. On peut très bien concevoir une telle prééminence sur des questions majeures comme les langues régionales, l'enseignement, la sécurité. Après tout, certains réclament, y compris certains de mes amis, que la sécurité soit une compétence décentralisée. Pourquoi n'en serait-il pas ainsi ?* » *« Sur de telles compétences, les principes d'égalité, de laïcité, d'unicité peuvent subir de graves entorses en vertu du principe de décentralisation. On pourrait même concevoir que la décentralisation soit considérée comme supérieure au principe de l'unicité de la République. Dans ces conditions, le fait de l'élever au même niveau que les autres principes fondamentaux me semble tout à fait fâcheux* ». http://www.assemblee-nationale.fr/12/cri/2002-2003/20030073.asp#TopOfPage.

craindre une interprétation volontariste de la charte, d'autres peuvent s'inquiéter d'une interprétation restrictive. Il n'est pas certain en effet que le juge constitutionnel mais aussi administratif, voire civil - le juge pénal semble écarté -, adopte un point de vue ambitieux en matière d'environnement. Le problème posé par la charte n'est pas tant de savoir si elle va trop loin ou pas assez que de savoir où elle va[2231] ».

Aussi si l'on craint que la jurisprudence conduise à partir du texte, à établir une hiérarchie entre les articles du Préambule et à accorder une valeur constitutionnelle à certains articles contenus dans le Préambule de la Constitution et non à d'autres[2232], c'est davantage le défaut de précision des dispositions de la Charte qui pourrait impliquer une marge de manœuvre trop importante entre les mains du juge, qui est mis en avant. Pour le montrer avec vigueur, M. Caresche s'appuie sur l'analyse de nombreux juristes constitutionnalistes qui se sont prononcés unanimement contre une rédaction trop imprécise[2233] : « ***M. Laurent Fonbaustier, professeur de droit public à l'université de Rennes I, écrit dans les Cahiers du Conseil constitutionnel*** *: « Même si la charte prend le soin d'apporter quelques précisions utiles, une claire distinction entre les éléments symboliques, moraux et juridiques du texte est, pour l'heure, difficile à établir. La clarification dépendra pour une large part de l'attitude du juge constitutionnel ».* (…) *Il ajoute : « Son interprétation doit éviter le risque de la reconnaissance de droits incertains et vagues qui, par la liberté qu'ils laissent au juge, sont source d'une grande insécurité juridique et qui, par la lecture subjectiviste qu'en font certains, peut faire naître de vrais espoirs qui se traduiront par autant de revendications et de contentieux »* (…) ***M. Guy Carcassonne, professeur de droit à Paris X-Nanterre****, a, je cite le rapport, « montré que le projet souffrait aujourd'hui d'un manque total de hiérarchisation des notions, la distinction, classique en droit constitutionnel, entre objectifs et règles constitutionnels étant absente de la rédaction proposée. [...] Il a jugé qu'en l'absence d'une*

[2231] Voir la 2e séance du 25 mai 2005 à l'Assemblée Nationale.

[2232] Voir l'intervention de M. Caresche lors de la 2e séance à l'Assemblée Nationale, le 25 mai 2005 : « « *Le Conseil constitutionnel pourrait en théorie accorder valeur constitutionnelle à certains articles et pas à d'autres. Le concept de « bloc de constitutionnalité » est en fait trompeur. Il donne le sentiment d'une homogénéité qui n'existe pas en réalité. Le juge constitutionnel a une liberté d'appréciation que la formule choisie d'adossement renforce. C'est lui et lui seul qui, en définitive, fixera la valeur constitutionnelle de la charte* ». Voir également dans le même sens, l'intervention de M. Blazy à l'occasion de la 3e séance du 25 mai 2004 : « *La portée de la Charte dépendra donc très fortement de la doctrine que construira le juge constitutionnel. Comme l'ont souligné les constitutionnalistes auditionnés par la commission des lois, le Conseil constitutionnel devra définir la portée normative de chaque alinéa à la place du constituant, en devant parfois concilier certains principes environnementaux avec des libertés constitutionnellement reconnues, notamment la liberté d'entreprendre. L'ensemble des dispositions de la Charte risque donc de ne pas se retrouver sur un pied d'égalité juridique, en fonction du caractère plus ou moins contraignant de leur contenu* ».

[2233] *Ibid.* : « *Cette interrogation essentielle a été soulevée par de nombreux juristes qui déplorent une rédaction insuffisamment précise car cela laissera une très grande latitude au juge. Permettez-moi de les citer* ».

distinction de ce type, le projet de loi constitutionnelle recelait le risque d'une multiplication irraisonnée des recours, du fait d'une « vaporisation » excessive des droits subjectifs. Il a fait valoir de surcroît qu'elle contraindrait le juge constitutionnel à définir la portée normative de chaque alinéa, en lieu et place du constituant, dont c'était pourtant la responsabilité » (…) ***M. Dominique Chagnollaud, professeur à Paris II-Assas****, a « regretté les nombreuses imperfections que recèle la rédaction du projet de loi et de son exposé des motifs, la classification des dispositions de la charte étant parfois malaisée. [...] Évoquant les conséquences de l'adoption de ce projet de loi, il a estimé qu'il appartiendra au Conseil constitutionnel de trancher la question de la valeur respective des principes et des objectifs que comporte ce texte et de concilier ces différentes exigences constitutionnelles*[2234] ».

Enfin, et pour terminer sur ce point, ce sont toujours les imprécisions des termes contenus dans la Charte qui permettent de soulever le risque de jurisprudences divergentes. De façon significative à propos du principe de précaution consacré à l'article 5 de la Charte et toujours selon M. Carech, « *Sans remettre en cause la bonne volonté du juge, nous craignons que les décisions ne soient extrêmement différentes d'un juge à l'autre, en raison de la lecture qu'ils feront des dispositions de l'article 5* (…) *Nous serons alors rentrés dans un système d'insécurité juridique, de judiciarisation complète. Nous mettrons ainsi les décideurs dans l'impossibilité de trouver la sécurité nécessaire et nous encouragerons la fuite devant les responsabilités. Ce principe, nous dit-on, est encadré par certains concepts. Si un dommage « grave et irréversible » est facile à cerner, il n'en va pas de même de « l'état des connaissances scientifiques ». Croyez-vous sincèrement qu'il y ait beaucoup de juges qui, dans tous les domaines, soient capables de l'apprécier ? Et que dire des risques potentiels qu'il faudra évaluer ? Leur étendue variera considérablement d'un juge à l'autre. Certains restreindront le champ des hypothèses et des risques potentiels, d'autres au contraire auront tendance à l'élargir démesurément. L'article 5, dans son application directe, est donc facteur d'incertitude*[2235] ».

[2234] *Ibid.*
[2235] Voir l'intervention de M. Garrigue lors de la 3e séance du 25 mai 2004, *op.cit.*

B/ L'influence de la jurisprudence dans la rédaction de la loi

L'influence de la jurisprudence constitutionnelle à l'occasion de l'élaboration d'une loi nouvelle, peut être évaluée à deux niveaux.

Au niveau constitutionnel, et de façon directe, la procédure prévue à l'article 54 de la Constitution peut conduire le « *législateur constituant* » à réviser la Constitution afin de la mettre en conformité avec un traité international dans le sens indiqué par le Conseil constitutionnel (1). Au niveau de la loi ordinaire, le législateur, de façon plus indirecte, doit toujours tenir compte de la Constitution et de la jurisprudence afin de respecter les règles de droit constitutionnel, qui hiérarchiquement le contraignent (2).

1/ La traduction de la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative à la comptabilité d'un traité avec la Constitution : l'introduction de normes constitutionnelles circonstancielles

Invité à se prononcer sur la compatibilité du Traité établissant une Constitution pour l'Europe avec la Constitution, le Conseil constitutionnel considère d'une façon générale, que la ratification du Traité doit être précédée d'une révision de la Constitution. Pour parvenir à cette conclusion, le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 19 novembre 2004, relève que certaines dispositions particulières du Traité portent atteinte « *aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale*[2236] ». Il en va ainsi par exemple, des clauses du traité qui prévoient un transfert de compétence vers l'Union dans le domaine du contrôle aux frontières, de la coopération judiciaire en matière civile et pénale ou de l'institution d'un parquet européen[2237]. De la même façon, la substitution de la règle de la majorité à celle de l'unanimité dans certains domaines porte atteinte aux conditions essentielles de la souveraineté nationale. D'autres exemples de contrariété entre les dispositions du traité et la notion jurisprudentielle de « *conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale* » pourraient être rappelés mais plus qu'une liste exhaustive, c'est la méthode du Conseil constitutionnel qui doit être soulignée.

En effet, c'est l'ensemble du traité qui est examiné par le juge afin d'y déceler une éventuelle contrariété avec la Constitution. Disposant d'un délai court, le Conseil constitutionnel

[2236] C. Constit., n° 505 DC du 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, Rec., p. 173.
[2237] *Ibid.*, cons. 27 et 28.

pratique l'économie des moyens et n'identifie dans sa décision, que les moyens de contrariété manifeste et qui nécessitent à n'en point douter, une révision de la Constitution. Il ne s'agit alors pas d'évaluer chacune des dispositions du Traité afin de la passer au filtre des règles constitutionnelles nationales[2238].

Pour cette raison, la décision du Conseil est difficile à transposer dans le texte même de loi constitutionnelle de révision, puisqu'elle renvoie seulement à quelques exemples de dispositions du traité qui entrent incontestablement en contrariété avec la Constitution. En pratique, le « *législateur constituant* » a interprété cette décision comme la nécessité de permettre, dans sa globalité, la ratification du Traité en droit interne. En ce sens, M. Clément, président de la commission des lois, considère devant l'Assemblée Nationale que « *Le Conseil constitutionnel n'a pas cru devoir - ou pouvoir - procéder à un inventaire complet des lignes ainsi déplacées. En se bornant à citer des exemples caractéristiques, il invitait le pouvoir constituant à procéder à une « validation » constitutionnelle globale des stipulations du traité, opérée par l'article 1er du projet de loi et par le futur article 88-1 de la Constitution, un « article-balai » en quelque sorte*[2239] ». M. Blum confirme cette traduction de la décision : « *Je ne reviendrai pas sur les conditions dans lesquelles le Conseil constitutionnel a été saisi et a statué le 19 novembre dernier. J'observe simplement que la haute juridiction a constaté que plusieurs stipulations du second traité de Rome portaient atteinte aux conditions essentielles d'exercice de notre souveraineté nationale. Le Conseil en a présenté quelques exemples sans cependant, et de manière assez curieuse, en dresser une liste exhaustive*[2240] ».

Dès lors, la traduction de la décision du Conseil constitutionnel au sein de la Constitution doit prendre la forme d'une disposition qui se contente d'autoriser la ratification du traité. C'est le sens du raisonnement de M. Blum : « ***Faute que le Conseil constitutionnel ait établi une liste précise des transferts de souveraineté contenus dans le second traité de Rome, nous devrons adopter une disposition constitutionnelle très générale autorisant de manière globale la***

[2238] L. Favoreu, L. Philip et *alii*, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 14e éd., Paris, Dalloz, 2007, p. 866 et suiv.

[2239] Séance du 25 janvier 2005 à l'Assemblée Nationale. Voir le dossier législatif à propos de la loi constitutionnelle n° 2005- 204 du 1er mars 2005 modifiant le Titre XV de la Constitution, disponible sur le site « *Légifrance* » à l'adresse suivante :
http://www.legifrance.gouv.fr/affichLoiPubliee.do;jsessionid=F897045A7DCFC71DAA8C33B7224D4D88.tpdjo16v_

[2240] *Ibid.*

France à participer à l'Union européenne dans les conditions arrêtées par le traité du 29 octobre 2004[2241] ».

Finalement, le projet final de révision constitutionnelle introduit un nouvel article 88-1 à la Constitution, aux termes duquel : « *Elle peut participer à l'Union européenne dans les conditions prévues par le traité établissant une Constitution pour l'Europe signé le 29 octobre 2004*[2242] ». D'ailleurs, le raisonnement suivi par le législateur constituant, à propos du traité établissant une Constitution pour l'Europe, peut être généralisé à de nombreuses révisions constitutionnelles impliquées par une décision du Conseil constitutionnel dans le sens d'une contrariété entre un engagement international et la Constitution. Pour ne prendre qu'un exemple, l'article 53-2 de la Constitution est significatif et il prévoit que « *La République peut reconnaître la juridiction de la Cour pénale internationale dans les conditions prévues par le traité signé le 18 juillet 1998*[2243] ».

2/ La traduction de la jurisprudence constitutionnelle relative à la privatisation d'entreprise privée : la création de lois complexes et peu claires

Souhaitant en 2006, modifier par une loi, la participation de l'Etat au capital de la société Gaz de France, le ministre de l'Economie et des Finances saisit pour avis le Conseil d'Etat[2244]. Notamment, le juge administratif est interrogé sur la question de savoir si une telle loi est en

---

[2241] *Ibid*. Voir également l'intervention de M. Balladur : « *Mais cette fois-ci, face à l'ampleur et au nombre des dispositions contenues dans le traité qui exigeraient des modifications de la Constitution, le projet de loi constitutionnelle qui nous est soumis pose, dans le texte proposé pour l'article 88-1, le principe général en vertu duquel la France participe à l'Union européenne dans les conditions prévues par le traité établissant une Constitution pour l'Europe. Ainsi, sans entrer dans les détails ni à avoir à établir une liste exhaustive, tous les transferts de compétences qui imposent une révision constitutionnelle - et ils sont nombreux - sont en quelque sorte autorisés par principe. Cette approche inédite, mais sans doute obligatoire, traduit de façon juridique l'importance de cette nouvelle étape de la construction de l'Europe que constitue l'adoption du traité constitutionnel. De façon tout aussi novatrice, le Conseil constitutionnel a considéré que les stipulations du traité qui reconnaissaient aux Parlements nationaux de nouveaux pouvoirs devaient également trouver une traduction dans la Constitution française pour permettre au Parlement français d'exercer ses nouvelles prérogatives européennes* ».

[2242] Depuis la ratification du Traité de Lisbonne, l'article 88-1 de la Constitution a de nouveau été modifié. Il prévoit que : « *La République participe à l'Union européenne constituée d'États qui ont choisi librement d'exercer en commun certaines de leurs compétences en vertu du traité sur l'Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, tels qu'ils résultent du traité signé à Lisbonne le 13 décembre 2007*». Voir le texte de la Constitution, disponible sur le site du Conseil constitutionnel, à l'adresse suivante : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-du-4-octobre-1958/texte integral-de-la-constitution-du-4-octobre-1958-en-vigueur.5110.html#titre6

[2243] *Ibid.*

[2244] CE, avis, 11 mai 2006, *in* Y. Guademet, B. Stirn, T. Dal Farra, F. Rolin, *Les grands avis du Conseil d'Etat*, 3e éd., Paris, Dalloz, 2008, p. 555.

conformité avec les dispositions de l'alinéa 9 du Préambule de 1946 aux termes duquel : « *Tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité* ». Conformément à cette disposition, interprétée ultérieurement par la jurisprudence constitutionnelle, si une activité constitue un service public qui découle d'exigences constitutionnelles, la loi ne peut procéder à aucune privatisation. Par contre, s'agissant des services publics décidés par le législateur, celui-ci peut décider de privatiser une activité s'il a néanmoins pris soin au préalable, de lui ôter toutes les caractéristiques de service public national[2245].

Ainsi en pratique, le Conseil d'Etat relève d'abord, que le secteur de la distribution du gaz ne fait pas partie des activités qui doivent être érigées en service public national compte tenu d'exigences constitutionnelles. Ensuite, le Conseil d'Etat vérifie, par l'examen particulier des dispositions des différentes lois nationales, si Gaz de France exerce une activité de service public national. Sur ce point, le Conseil d'Etat considère essentiellement, que si les différentes lois successives ont conduit à l'ouverture progressive du marché du gaz en faisant par là même perdre à Gaz de France l'essentiel des caractéristiques du service public national[2246], il n'en demeure pas moins que certaines missions (le monopole de la fourniture de gaz aux clients non éligibles et l'obligation pour Gaz de France, en matière de péréquation des coûts de distribution à l'intérieur de sa zone de desserte), préservent les caractéristiques d'une activité de service public national.

Pour autant, le nouveau projet de loi, qui ne mentionne plus la notion de « *service public* » dans son intitulé, entend surtout modifier la répartition du capital puisque est prévu dans son article 10 : « *Electricité de France et Gaz de France sont des sociétés anonymes. L'Etat détient plus de 70 % du capital d'Electricité de France et plus du tiers du capital de Gaz de France* ». Autrement dit, dès lors que le capital détenu par l'Etat est constitué simplement du

[2245] Voir sur ces questions, *Supra.*, Titre 1er , Chapitre 1er .

[2246] Y. Guademet, B. Stirn, T. Dal Farra, F. Rolin, *Les grands avis du Conseil d'Etat*, *op.cit.*, p. 555 : « *La loi du 8 avril 1946, en confiant à Gaz de France,* (…), *la responsabilité des activités dont elle prévoyait la nationalisation dans le secteur gazier, avait conféré à leur exploitation le caractère de service public national au sens du neuvième alinéa. Toutefois, la libéralisation et l'ouverture progressive du marché du gaz* (…) *perdre au service public confié à Gaz de France l'essentiel des éléments caractérisant un service public national* ».

tiers de l'entreprise Gaz de France, cela signifie que le projet de loi entend privatiser cette entreprise[2247].

A moins donc, d'entrer en contradiction avec la Constitution et la jurisprudence du Conseil constitutionnel, le projet de loi de 2006 doit nécessairement prendre soin d'ôter l'ensemble des caractéristiques du service public national à Gaz de France, puisqu'il a décidé de privatiser l'entreprise en réduisant la participation de l'Etat au tiers du capital[2248].

Que dit précisément le projet de loi et quelles sont les dispositions qui permettent de déduire que l'entreprise Gaz de France n'a plus en charge un service public national ? Davantage, et ce sont les arguments développés par les députés qui ont soumis le projet à l'examen du Conseil constitutionnel, y-a-t-il au sein de la nouvelle loi, des dispositions qui permettent de considérer que le fonctionnement de l'entreprise Gaz de France continue d'exercer une activité de service public national ?

Tout d'abord, le Titre 1er de la loi prévoit expressément la péréquation des tarifs et la liberté de choix des fournisseurs[2249]. De plus, l'article 11 du projet modifie la répartition du capital de l'entreprise Gaz de France qui dorénavant, « *ne peut être détenu que par Gaz de France,*

[2247] Il est, en effet, de jurisprudence constante, tant du Conseil d'Etat que du Conseil constitutionnel, que la perte du caractère majoritaire de la participation de l'Etat au sein du capital d'une entreprise équivaut à une privatisation. Voir par exemple, CE, Ass., 24 novembre 1978, *Syndicat national du personnel de l'énergie atomique et Sieur Schwatrz*, Rec. Leb., p. 465 ; voir également C. Constit., n° 96-380 DC du 23 juillet 1996, *Loi relative à l'entreprise nationale France Telecom*, Rec., p. 107 : « *En maintenant à France Télécom sous la forme d'entreprise nationale, les missions de service public antérieurement dévolues à la personne morale de droit public France Télécom dans les conditions prévues par la loi susvisée de réglementation des télécommunications, le législateur a confirmé sa qualité de service public national ; qu'il a garanti conformément au neuvième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 la participation majoritaire de l'État dans le capital de l'entreprise nationale ; que l'abandon de cette participation majoritaire ne pourrait résulter que d'une loi ultérieure* ».

[2248] Il faut d'ailleurs encore ajouter que seule la loi adoptée peut revenir sur ce statut de service public national qui a été confirmé par la dernière loi adoptée en la matière, la loi du 13 juillet 2005 de programme fixant les orientations de la politique énergétique. Voir la saisine du Conseil constitutionnel par soixante députés, à propos de la loi relative au secteur de l'énergie, disponible sur le site du Conseil constitutionnel, à l'adresse suivante : http://www.conseil-constitutionnel.fr.

« *La politique énergétique repose sur un service public de l'énergie qui garantit l'indépendance stratégique de la nation et favorise sa compétitivité économique. Sa conduite nécessite le maintien et le développement d'entreprises publiques nationales et locales dans le secteur énergétique* ».

[2249] Voir l'article 1er : *« 1° La fourniture d'électricité aux clients qui n'exercent pas les droits mentionnés à l'article 22 de la présente loi, en concourant à la cohésion sociale au moyen de la péréquation géographique nationale des tarifs, de la mise en œuvre de la tarification spéciale « produit de première nécessité » mentionnée à l'article 4, du maintien de la fourniture d'électricité en application de l'article L. 115-3 du code…[le reste sans changement]»*. Voir également l'article 8 : « « *Les tarifs d'utilisation des réseaux publics de distribution de gaz naturel autres que ceux concédés en application de l'article 25-1 de la présente loi sont péréqués à l'intérieur de la zone de desserte de chaque gestionnaire* ».

l'État ou des entreprises ou organismes du secteur public[2250] ». Sur ce point, le projet de loi pourrait laisser penser que le capital demeure public mais l'intitulé montre en réalité que l'intégralité pourra appartenir à la nouvelle entité privée formée par Suez et Gaz de France. Enfin, comme le relèvent toujours les députés ayant saisi le Conseil constitutionnel, la loi permet aux clients qui n'ont pas opté pour le marché concurrentiel, de bénéficier des contrats de fourniture de gaz naturel à tarif réglementé[2251], malgré l'ouverture à la concurrence du marché à partir du 1er juillet 2007 consécutive à la transposition de la directive communautaire.

Ainsi, à la lecture de la loi, on peut légitimement se demander si tous ces éléments à défaut de lui faire perdre n'ont pas au contraire, maintenus au secteur de l'énergie et du gaz son statut de service public national. Loin de le déterminer avec certitude, le projet de loi de 2006 ne permet pas véritablement de savoir si la privatisation de Gaz de France est conforme aux exigences constitutionnelles en la matière.

Finalement, c'est le Conseil constitutionnel, saisi de cette loi[2252], qui permet de connaître avec davantage de précision quels sont les critères d'appréciation des caractéristiques du service public national. Précisément, ce sont trois groupes d'arguments qui sont utilisés par le Conseil constitutionnel pour vérifier si le législateur a bien pris soin d'écarter les caractéristiques du service public national dans le but de permettre la privatisation de l'entreprise Gaz de France. Respectivement, le juge considère qu'à compter du 1er juillet 2007, le monopole dont bénéficiait Gaz de France en matière de fourniture de gaz naturel aux particuliers prendra fin, que l'ensemble des obligations liées à une activité de service public s'imposent tout à la fois à

[2250] Saisine du Conseil constitutionnel par soixante députés, à propos de la loi relative au secteur de l'énergie, *op.cit.*

[2251] *Ibid.* : « *Ensuite, comme on l'a relevé ci-dessus, la loi ici contestée de 2006, loin de retirer à GDF l'une de ses missions de service public national, les a amplifiées en obligeant l'entreprise, après l'ouverture du marché de la fourniture de gaz à tous les clients le 1er juillet 2007, à proposer indéfiniment à tous les clients domestiques et aux clients non domestiques qui n'ont pas opté pour le marché concurrentiel ou qui ouvrent un nouveau site de consommation des contrats de fourniture de gaz naturel à un tarif réglementé non corrélé aux prix de marché et fixé par les pouvoirs publics (article 17 de la loi). Cette obligation de service public qui est imposée à GDF sur l'ensemble du territoire national est en effet d'autant plus significative qu'elle exerce un effet déterminant sur le marché concurrentiel libre et en préservant la prépondérance d'un marché réglementé de fourniture de gaz naturel relevant des pouvoirs publics* ».

[2252] C. Constit., n° 2006-553 DC du 30 novembre 2006, Loi relative au secteur de l'énergie, Rec., p. 120 : « *Considérant que, selon les requérants, le neuvième alinéa du Préambule de 1946 fait obstacle au transfert de la société Gaz de France au secteur privé ; qu'ils font valoir, d'une part, que cette société conserve les caractéristiques d'un service public national en raison des missions qui lui sont confiées et notamment de l'obligation permanente qui lui est faite de fournir du gaz naturel à un tarif réglementé ; qu'ils estiment, d'autre part, que Gaz de France continue à bénéficier d'un monopole de fait tant en matière de transport que de distribution ; qu'ils soutiennent, à titre subsidiaire, que son transfert au secteur privé ne saurait en tout état de cause intervenir avant le 1er juillet 2007, date de l'ouverture à la concurrence du marché de la fourniture de gaz naturel aux clients domestiques* ».

Gaz de France et à l'ensemble des entreprises concurrentes sur le marché du gaz et enfin, que l'obligation de péréquation des coûts de distribution concerne indistinctement l'ensemble des distributeurs. Pour toutes ces raisons, le Conseil constitutionnel conclut sur ce point, que la loi, à partir du 1er juillet 2007, fait perdre les caractéristiques de service public à l'entreprise Gaz de France qui peut dès lors, être privatisée[2253].

Par conséquent, comme en atteste cet exemple, l'appréciation circonstancielle des conditions de transfert du secteur public au secteur privé des entreprises chargées d'une activité de service public par le Conseil constitutionnel, est susceptible d'induire des lois peu claires.

Conclusion Chapitre 1er

Le droit, quelle que soit la branche concernée, souffre aujourd'hui d'une complexité croissante et si ce thème a longtemps été ignoré s'agissant des règles de nature constitutionnelle, l'évolution de la discipline induit nécessairement de s'interroger sur une meilleure lisibilité du droit écrit et du droit né de la jurisprudence. De plus, reconsidérée au sein de l'ordre juridique, cette évolution permettrait également, d'améliorer la qualité des normes de rang inférieur dans la mesure où l'un des remèdes efficace au désordre législatif actuel suppose sans aucun doute, une mise en ordre et une meilleure lisibilité des règles constitutionnelles.

En pratique, si l'application des exigences liées à la sécurité juridique est délicate à transposer aux normes constitutionnelles, une évolution de la politique jurisprudentielle du Conseil constitutionnel pourrait remédier aux lacunes du droit écrit. Effectivement, le travail des interprètes du droit peut constituer une solution pertinente vers la simplification du droit. Chargé de dire le droit à l'occasion d'un cas d'espèce, le juge est conduit à suppléer aux lacunes d'un texte et surtout à l'éclaircir, à condition cependant de ne pas s'en tenir à une

---

[2253] *Ibid.* : « *Considérant, en premier lieu, que l'article 3 de la loi déférée, combiné avec son article 44, met fin, à compter du 1er juillet 2007, à l'exclusivité dont bénéficiait Gaz de France pour la fourniture de gaz naturel aux particuliers ;*
Considérant, en deuxième lieu, que les obligations de service public définies par l'article 16 de la loi du 3 janvier 2003 susvisée s'imposent non seulement à Gaz de France, mais encore à l'ensemble des entreprises concurrentes intervenant dans le secteur du gaz naturel ; qu'il en est ainsi en ce qui concerne les obligations de service public fixées par la loi, au niveau national, sur chacun des segments de ce secteur d'activité ;
Considérant, enfin, que le grief tiré de ce que le législateur aurait conservé à Gaz de France son caractère de service public national en obligeant cette société à proposer à titre permanent un tarif réglementé de vente doit être écarté compte tenu de la censure des dispositions précitées de l'article 66-1 inséré dans la loi du 13 juillet 2005 susvisée par l'article 17 de la loi déférée ».

jurisprudence empirique. La sécurité juridique ne serait dès lors pas garantie par la Constitution elle-même, mais par la lecture de cette dernière par le Conseil constitutionnel.

Alors que les décisions du Conseil constitutionnel demeurent pour l'heure empiriques, l'évolution récente du contentieux constitutionnel pourrait être porteuse, tout au moins, d'une volonté de lisibilité et de diffusion accrue de la jurisprudence.

Chapitre 2/ Les perspectives d'évolution vers une analyse conceptuelle du droit constitutionnel jurisprudentiel

Adaptant ses règles de procédure à celles de la plupart des juridictions européennes, le système français de contrôle de constitutionnalité des lois permet dorénavant aux juridictions administratives et judiciaires de saisir le Conseil constitutionnel, afin qu'il se prononce sur une éventuelle violation des droits et libertés constitutionnels, par une disposition législative[2254]. Plus précisément, la non-conformité d'une loi à la Constitution pourra être soulevée, par tout justiciable, devant toute juridiction de l'ordre administratif ou judiciaire, qui procède à un premier examen de cette question. Si le juge considère que la question est pertinente, il la transmet, ensuite, aux juridictions suprêmes : le Conseil d'Etat et la Cour de cassation. Ces dernières apprécieront s'il s'agit d'une question nouvelle ou qui pose une difficulté sérieuse et dans ce cas, saisiront le Conseil constitutionnel[2255].

Au-delà d'un renforcement certain des garanties de l'Etat de droit en France, impliqué par une protection plus complète des droits et libertés, notamment en ce qui concerne les lois qui n'ont jamais été soumises au Conseil constitutionnel dans le cadre du contrôle *a priori*, cette réforme est susceptible d'être analysée sous de multiples aspects. En effet, elle interroge potentiellement les conséquences de l'application beaucoup plus systématique de la Constitution par les juridictions ordinaires, voire son interprétation par d'autres acteurs juridiques, les conseils des parties notamment[2256], la nécessaire collaboration entre les juridictions suprêmes nationales et le Conseil constitutionnel, l'évolution du fonctionnement du seul Conseil constitutionnel[2257] et enfin, sans d'ailleurs prétendre à l'exhaustivité, les effets

---

[2254] Le nouvel article 61-1 de la Constitution prévoit que : « *Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé* ». Voir le texte de la Constitution, disponible sur le site du Conseil constitutionnel à l'adresse suivante :
http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-du-4-octobre-1958/texte-integral-de-la-constitution-du-4-octobre-1958-en-vigueur.5110.html#titre7

[2255] Voir la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61- 1 de la Constitution, modifiant l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, JO du 11 décembre 2009, p. 21379.

[2256] Voir par exemple sur ce point, Ch. Huglo, « A propos de la question prioritaire de constitutionnalité : de nouvelles obligations aussi exigeantes qu'exaltantes pour les avocats », *Petites affiches*, 25 janvier 2010, n° 17, p. 6.

[2257] Par exemple, à l'occasion de la cérémonie organisée au moment de l'entrée en vigueur de l'article 61-1 de la Constitution, le Président du Conseil, M. Debré souligne que pour assumer cette nouvelle procédure, « *le Conseil constitutionnel a adapté ses règles de procédure et le fonctionnement de son greffe. Il a modernisé son site Internet. Il a modifié ses locaux pour répondre aux impératifs d'une procédure contradictoire d'être satisfaits. Pour assurer le succès de cette nouvelle procédure, le Conseil constitutionnel veillera à développer, avec le*

du développement croissant du contentieux constitutionnel sur le droit constitutionnel, entendu comme discipline scientifique[2258]. Parmi ces angles d'attaque, d'ores et déjà abordées pour la plupart au sein d'une littérature très abondante[2259], il s'agit, dans le cadre de la présente étude, d'étudier plus particulièrement l'évolution possible de la politique jurisprudentielle du Conseil constitutionnel dans le cadre de la QPC dans le sens d'une lisibilité plus importante par rapport au contrôle par voie d'action (Section 1). Plus généralement, dès lors que la dotrine privilégie l'analyse du droit de la jurisprudence constitutionnelle, et le développement de la QPC devrait contribuer à accroître ce phénomène, elle contribue à modifier sensiblement l'état de la discipline dans le sens d'une appréhension beaucoup plus empirique. Précisément, largement tourné vers la garantie des droits dans le cadre du contentieux constitutionnel, le droit constitutionnel tend à devenir un droit

---

Conseil d'Etat et la Cour de cassation, l'esprit de dialogue des juges qui doit nécessairement accompagner la question prioritaire de constitutionnalité ». Voir J-L. Debré, « Allocution à l'occasion de l'entrée en vigueur de l'article 61-1 de la Constitution », disponible sur le site du Conseil constitutionnel : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/discours_interventions/2010/qpc_1ermars2010_jld.pdf
Voir, également, P. Mbongo, « Droit au juge et prééminence du droit. Bréviaire processualiste de l'exception d'inconstitutionnalité », *D*. 2008, p. 2089.
Voir enfin, D. Rousseau, « La question prioritaire de constitutionnalité. Premier bilan et prospective », *JCPG*, 29 septembre 2010, n° 48, p. 16 et suiv. L'introduction de la procédure de question prioritaire de constitutionnalité permet de voir consacré aujourd'hui, l'ensemble des caractères d'un procès. Pour le Professeur Rousseau, ce sont trois éléments essentiels qui déterminent les caractéristiques du procès : la QPC est soulevé dans le cadre d'un litige ordinaire devant le juge administratif ou judiciaire, elle suppose l'application des règles relatives aux exigences d'un procès équitable et les décisions rendues par le Conseil constitutionnel bénéficient de l'autorité de chose jugée et mettent fin au litige sur la constitutionnalité de la loi.
Sur la phase d'instruction et le caractère contradictoire de la procédure, voir, par exemple, B. de Lamy, « Brèves observations sur la question prioritaire de constitutionnalité en attendant la loi organique », *D*. 2009, p. 177.

[2258] Voir sur ce point, D. Rousseau, « La question prioritaire de constitutionnalité. Premier bilan et prospective », *op.cit.*, p. 16.

[2259] Parmi l'importante littérature sur la question prioritaire, voir, entre autres, B. de Lamy, « Brèves observations sur la question préjudicielle de constitutionnalité en attendant la loi organique », *op. cit.*, p. 177 ; P. Mbongo, « Droit au juge et prééminence du droit. Bréviaire processualiste de l'exception d'inconstitutionnalité », *D*. 2008, p. 2089 ; M. Verpeaux, « La question préjudicielle de constitutionnalité et le projet de loi organique », *AJDA*, 2009, p. 1474 ; P. Bon, « Premières questions, premières précisions », *RFDA*, 2010, p. 679 ; H. Labayle, « Question prioritaire de constitutionnalité et question préjudicielle : ordonner le dialogue des juges ? », *RFDA*, 2010, p. 659 ; M. Guillaume, « La question prioritaire de constitutionnalité », *in Justice et cassation, revue annuelle des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation*, 2010 ; X. Philippe, « La question prioritaire de constitutionnalité : à l'aube d'une nouvelle ère pour le contentieux constitutionnel français… Réflexions après l'adoption de la loi organique », *RFDC*, 2010, n° 83, p. 273 ; F. Rolin, « Pour un « discours sur la méthode » du contrôle de constitutionnalité par voie d'exception », *AJDA*, 2010, p. 2384 ; *La question prioritaire de constitutionnalité. Premier bilan et perspective*, Actes du premier colloque de la semaine juridique, JCP du 29 novembre 2010, 78 p. ; D. Rousseau, « La question prioritaire de constitutionnalité. Premier bilan et prospective », *JCPG*, 29 septembre 2010, n° 48, p. 16 ; B. Mathieu, « Neuf mois de jurisprudence relative à la QPC. Un bilan », *Pouvoirs*, 2011, n° 137, p. 57 ; J-C. Colliard, « Un nouveau Conseil constitutionnel », *Pouvoirs*, 2011, n° 137, p. 155 ; W. Sabète, « De l'insuffisante argumentation des décisions du Conseil constitutionnel », *AJDA*, 2011, p. 885 ; Institut Louis Favoreu (Dir.), *Contrôle de constitutionnalité par voie préjudicielle. La saisine par les citoyens*, Aix-en-Provence, PAUM, 2009, 262 p. ; C. Maugüe, J.-H. Stahl, *La question prioritaire de constitutionnalité*, Paris, Dalloz, 2011, 279 p. ; D. Rousseau (Dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité*, Paris, Lextenso, 2010, 207 p.

d'application pratique, composé de principes particuliers et contingents, malgré quelques tentatives de reconsidérations générales des principes à partir de la jurisprudence (Section 2).

Section 1/ Une évolution de la politique jurisprudentielle du Conseil constitutionnel dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité ?

A partir de la politique jurisprudentielle du Conseil constitutionnel statuant dans le cadre du contrôle *a priori*, il apparaît déjà possible d'évaluer dans quelle mesure les décisions relatives à une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) apportent des nouveautés dans la façon d'apprécier la constitutionnalité d'une loi et notamment sont susceptibles de permettre une meilleure lisibilité des règles issues de la Constitution.

Précisément, une vue rapide de la récente réforme du contentieux constitutionnel laisse apparaître une alternative. D'un côté, on peut considérer que le contentieux de la question prioritaire de constitutionnalité pourrait appauvrir les décisions du Conseil constitutionnel. Notamment, certains auteurs prévoient un dédoublement de la forme des décisions du Conseil constitutionnel, selon qu'il statue avant ou après la promulgation de la loi. En ce sens, M. de Lamy prévoit le développement de deux façons d'évaluer la constitutionnalité d'une loi, une approche, s'agissant du contrôle *a priori*, « *macro constitutionnelle*[2260] » et une approche « *micro constitutionnelle*[2261] », dans le cadre de la procédure de question prioritaire de constitutionnalité[2262].

D'un autre côté, en assumant aujourd'hui avec plus ou moins de complétude, son rôle de « *juridiction constitutionnelle suprême*[2263]», le Conseil constitutionnel pourrait s'efforcer d'accroître la lisibilité de ses décisions[2264]. Cet aspect mérite d'être pris au sérieux, notamment parce que le juge judiciaire comme le juge administratif sont chargés[2265] en amont

---

[2260] B. de Lamy, « Brèves observations sur la question préjudicielle de constitutionnalité en attendant la loi organique », *op. cit.*, p. 177.

[2261] *Ibid.*

[2262] La récente publication, sous la direction du Professeur Dominique Rousseau, d'un guide pratique sur la QPC illustre cet aspect. Voir D. Rousseau (Dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité*, Paris, Lextenso, 2010, 207 p.

[2263] Voir sur ce point, *Supra*, 2e partie, titre 1er, chapitre 2.

[2264] Voir par exemple, le discours de Mme Alliot-Marie à l'occasion des Cinquante ans du Conseil constitutionnel, disponible sur le site du Ministère de la justice à l'adresse suivante :
http://www.presse.justice.gouv.fr/index.php?rubrique=10227&ssrubrique=11610&article=17997
A titre principal, relève Mme Alliot-Marie, « *La visibilité et l'accessibilité de la jurisprudence constitutionnelle seront un élément majeur de la réussite de la réforme* ».

[2265] Cette formule générique n'entend pas occulter le fait que c'est en réalité une technique du double filtre qui est appliquée, c'est-à-dire que toute juridiction est susceptible de transmettre à la Cour de cassation ou au

de la procédure, d'effectuer un premier travail de filtre supposant de connaître la jurisprudence constitutionnelle au moment d'apprécier les moyens d'inconstitutionnalité d'une loi.

Finalement, dans la limite des décisions à ce jour rendues[2266], le raisonnement du Conseil constitutionnel, s'agissant de la détermination des règles de droit constitutionnel applicables, demeure sensiblement identique aux décisions rendues dans le cadre du contrôle *a priori* (§1). Néanmoins, certains aspects, tous liés à la singularité de la procédure de question prioritaire de constitutionnalité, permettent d'améliorer la connaissance de la Constitution et l'interprétation de ses dispositions par le Conseil constitutionnel (§2).

§1/ Les acquis du contrôle a priori de constitutionnalité des lois, transposés à la question prioritaire de constitutionnalité

Le développement progressif des décisions rendues sur le fondement de la procédure de question prioritaire de constitutionnalité depuis 2010, permet, sous certains aspects, de constater une véritable continuité entre le contrôle *a priori* et la contrôle *a posteriori* de constitutionnalité des lois (A). La tendance à rendre des décisions circonstancielles et seulement en lien avec la loi soumise à son examen confirme quant à elle, l'empirisme du Conseil constitutionnel (B).

A/ Les signes d'une jurisprudence constitutionnelle stable et homogène depuis l'introduction de la procédure de QPC

Avant même l'introduction de la nouvelle procédure de l'article 61-1 de la Constitution, le Conseil constitutionnel a développé une jurisprudence riche en matière de protection des droits et libertés, objet de la question prioritaire de constitutionnalité. Ainsi, de nombreuses questions prioritaires ont d'ores et déjà été l'occasion pour le Conseil constitutionnel, de se contenter d'appliquer la jurisprudence acquise et construite dans le cadre du contrôle *a priori* des lois (1). S'agissant cette fois de l'organisation formelle des décisions et dans le même

---

Conseil d'Etat, un moyen d'inconstitutionnalité, qui, s'il est jugé opportun, sera, par la suite, transmis au Conseil constitutionnel.

[2266] Le propos prend en compte l'ensemble des décisions rendues depuis la première jusqu'au 17 juin 2011, date de la dernière décision rendue au moment de l'analyse.

sens, le Conseil constitutionnel utilise une méthode et une présentation strictement identiques à celles de la procédure qui lui permet de se prononcer avant l'entrée en vigueur d'une loi (2).

1/ La confirmation des considérants de principe permettant de déterminer le droit applicable à la constitutionnalité d'une loi

L'analyse des décisions impliquées par la procédure de QPC montre que le Conseil constitutionnel reprend très souvent l'interprétation et l'étendue des droits et libertés constitutionnels qui avaient été identifiés lors du contrôle *a priori* de constitutionnalité des lois[2267]. Les acquis du contrôle *a priori* sont alors transposés dans l'analyse d'une loi dans le cadre du contrôle *a posteriori*. A titre principal, cet aspect apparaît lorsque le Conseil constitutionnel reproduit à l'identique, un considérant de principes tiré du contrôle *a priori*. Quelques exemples jurisprudentiels qui traitent de droits et libertés constitutionnels différents, permettent d'illustrer le propos.

Ainsi, une décision QPC du 9 juillet 2010 est l'occasion pour le Conseil constitutionnel, de rappeler l'étendue de l'obligation constitutionnelle d'une répartition égalitaire des contributions publiques entre les citoyens. Conformément à une jurisprudence constante depuis le début de l'année 2000[2268] et fort d'une interprétation fréquente par le juge du principe d'égalité et de ses corollaires, le Conseil constitutionnel rappelle « *qu'aux termes de l'article 13 de la Déclaration de 1789 : « Pour l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable : elle doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés » ; qu'en vertu de l'article 34 de la Constitution, il appartient au législateur de déterminer, dans le respect des principes constitutionnels et compte tenu des caractéristiques de chaque impôt, les règles selon lesquelles doivent être appréciées les facultés contributives ; qu'en particulier, pour assurer le respect du principe d'égalité, il doit fonder son appréciation sur des critères objectifs et rationnels en fonction des buts qu'il se propose ; que cette appréciation ne doit*

[2267] Voir sur ce point, C. Maugüe, J-H. Stahl, *La question prioritaire de constitutionnalité*, Paris, Dalloz, 2011, p. 156 et suiv.
[2268] Voir C. Constit., n° 2000-442 DC du 28 décembre 2000, *Loi de finances pour 2001*, Rec., p. 211; C. Constit., n° 2003-477 DC du 31 juillet 2003, *Loi pour l'initiative économique*, Rec., p. 418.

cependant pas entraîner de rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques[2269] ».

Le juge constitutionnel a également confirmé récemment, que la modification ou l'abrogation d'actes juridiques par le législateur, doit toujours reposer sur un motif d'intérêt général suffisant, conformément à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme. Reprenant un considérant de principe qui avait été rappelé dans une décision du 11 décembre 2008[2270], le Conseil constitutionnel relève que si d'une façon générale, le législateur ne saurait, sans méconnaître l'article 16 de la Déclaration, porter atteinte aux situations légalement acquises sans un motif d'intérêt général suffisant, cette exigence, de façon plus particulière et appliquée, implique que « *si le législateur peut modifier rétroactivement une règle de droit ou valider un acte administratif ou de droit privé, c'est à la condition de poursuivre un but d'intérêt général suffisant et de respecter tant les décisions de justice ayant force de chose jugée que le principe de non-rétroactivité des peines et des sanctions ; qu'en outre, l'acte modifié ou validé ne doit méconnaître aucune règle ni aucun principe de valeur constitutionnelle, sauf à ce que le but d'intérêt général visé soit lui-même de valeur constitutionnelle ; qu'enfin, la portée de la modification ou de la validation doit être strictement définie*[2271] ».

Enfin[2272], et il s'agit d'un dernier exemple, le Conseil constitutionnel applique sa jurisprudence classique en matière d'expropriation dans le respect de l'article 17 de la

---

[2269] C. Constit., n° 2010-11 QPC du 9 juillet 2010, *Mme Virginie M. (Pension militaire d'invalidité)*, JO du 10 juillet 2010, p. 12840.
Parallèlement, dans le contrôle de la compétence du législateur en matière d'imposition, le Conseil constitutionnel, dans une décision du 11 février 2011, a eu l'occasion de rappeler que les prescriptions de l'article 13 de la Déclaration des droits de l'homme « *ne seraient pas respectées si l'impôt revêtait un caractère confiscatoire ou faisait peser sur une catégorie de contribuables une charge excessive au regard de leurs facultés contributives* ». Voir C. Constit., n° 2010-99 QPC du 11 février 2011, *Mme Laurence N. (Impôt de solidarité sur la fortune – Plafonnement)*, JO du 12 février 2011, p. 2757.

[2270] C. Constit., n° 2008-571 DC du 11 décembre 2008, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2009*, Rec., p. 378 ; voir, également, C. Constit., n° 2007- 550 DC du 27 février 2007, *Loi relative à la modernisation de la diffusion audiovisuelle et à la télévision du futur*, Rec., p. 81.

[2271] C. Constit., n° 2010-4/ 17 QPC du 22 juillet 2010, *M. Alain C. et autre (Indemnité temporaire de retraite outre- mer)*, JO du 23 juillet 2010, p. 13615 ; voir également, C. Constit., n° 2010- 19/ 27 QPC du 30 juillet 2010, *Epoux P. et autres (Perquisitions fiscales)*, JO du 31 juillet 2010, p. 14202 ; C. Constit., n° 2010-29/ 37 QPC du 22 septembre 2010, *Commune de Besançon et autre (Instruction CNI et passeports)*, JO du 23 septembre 2010, p. 17293.

[2272] On peut encore citer l'application du contrôle des lois de transpositions des directives conformément à l'article 88-1 de la Constitution. En effet, dans une décision, statuant sur une question prioritaire de constitutionnalité, le 17 décembre 2010, le Conseil constitutionnel rappelle « *qu'aux termes de l'article 88-1 de la Constitution : « La République participe à l'Union européenne constituée d'États qui ont choisi librement d'exercer en commun certaines de leurs compétences en vertu du traité sur l'Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, tels qu'ils résultent du traité signé à Lisbonne le 13 décembre 2007 » ; « qu'en l'absence de mise en cause d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, le Conseil constitutionnel n'est pas compétent pour contrôler la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit de dispositions législatives qui se bornent à tirer les conséquences nécessaires de*

Déclaration des droits de l'homme et du citoyen protégeant le droit de propriété[2273]. En effet, à l'occasion d'une décision du 17 septembre 2010[2274], le Conseil rappelle les conditions constitutionnelles qui permettent de prévoir l'expropriation dans le respect du droit de propriété d'ores et déjà consacrée depuis une décision du 25 juillet 1989. Précisément, le juge considère, que pour respecter le droit de propriété issu de la Déclaration des droits de l'homme, « *la loi ne peut autoriser l'expropriation d'immeubles ou de droits réels immobiliers que pour la réalisation d'une opération dont l'utilité publique est légalement constatée ; que la prise de possession par l'expropriant doit être subordonnée au versement préalable d'une indemnité ; que, pour être juste, l'indemnisation doit couvrir l'intégralité du préjudice direct, matériel et certain, causé par l'expropriation ; qu'en cas de désaccord sur la fixation du montant de l'indemnisation, l'exproprié doit disposer d'une voie de recours appropriée*[2275] ».

---

dispositions inconditionnelles et précises d'une directive de l'Union européenne ; qu'en ce cas, il n'appartient qu'au juge de l'Union européenne, saisi le cas échéant à titre préjudiciel, de contrôler le respect par cette directive des droits fondamentaux garantis par l'article 6 du Traité sur l'Union européenne ». Voir C. Constit., n° 2010-79 QPC du 17 décembre 2010, *M. Kamel D. (Transposition d'une directive)*, JO du 19 décembre 2010, p. 22373. Voir parallèlement, C. Constit., n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, Rec., p. 88.

[2273] *Ibid.* : *« La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment et sous la condition d'une juste et préalable indemnité* ».

En matière de transfert de biens publics vers le domaine privé, le Conseil constitutionnel a, également, eu l'occasion de faire application de la jurisprudence traditionnelle et considérer « *que le principe d'égalité devant la loi et les charges publiques ainsi que la protection du droit de propriété, qui ne concerne pas seulement la propriété privée des particuliers mais aussi la propriété de l'État et des autres personnes publiques, résultent, d'une part, des articles 6 et 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et, d'autre part, de ses articles 2 et 17 ; que ces principes font obstacle à ce que des biens faisant partie du patrimoine de personnes publiques puissent être aliénés ou durablement grevés de droits au profit de personnes poursuivant des fins d'intérêt privé sans contrepartie appropriée eu égard à la valeur réelle de ce patrimoine* ». C. Constit., n° 2010-67/ 86 QPC du 17 décembre 2010, *Région Centre et région Poitou-Charentes (AFPA-Transfert de biens publics)*, JO du 19 décembre 2010, p. 22373.

Pour des exemples classiques, voir not., C. Constit., n° 86-207 DC du 26 juin 1986, *Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*, Rec., p. 61 ; C. Constit. n° 86-217 du 18 septembre 1986, *Loi relative à la liberté de communication*, Rec., p. 141.

[2274] C. Constit., n° 2010-26 QPC du 17 septembre 2010, *SARL l'Office central d'accession au logement (Immeubles insalubres)*, JO du 18 septembre 2010, p. 16951.

[2275] C. Constit., n° 89-256 DC du 25 juillet 1989, *Loi portant dispositions diverses en matière d'urbanisme et d'agglomérations nouvelles*, Rec., p. 53.

Pour un autre exemple récent, voir C. Constit., n° 2010-87 QPC du 21 janvier 2011, *M. Jacques S. (Réparation du préjudice résultant de l'expropriation)*, JO du 22 janvier 2011, p. 1384.

2/ L'organisation formelle des décisions QPC : l'application du syllogisme caractérisant le raisonnement classique du Conseil constitutionnel

L'organisation formelle des décisions du Conseil constitutionnel qui statuent sur une question prioritaire de constitutionnalité suit un raisonnement identique à celui développé dans le cadre du contrôle *a priori*.

Pour ne prendre que l'exemple des deux premières décisions rendues par le Conseil constitutionnel le 28 mai 2010[2276], le juge commence par rappeler quelle est la juridiction qui l'a saisi d'une question prioritaire et surtout, quelles sont les dispositions de la loi qui sont contestées par le requérant devant le juge suprême national et considérées comme contraires aux droits et libertés protégés par la Constitution. Ainsi en pratique, la décision « *Cristallisation des pensions* » est introduite de la façon suivante : « *Le Conseil constitutionnel a été saisi le 14 avril 2010 par le Conseil d'Etat (décision n° 336753 du 14 avril 2010), dans les conditions prévues à l'article 61-1 de la Constitution, d'une question prioritaire de constitutionnalité posée par Mme Khedidja L. et M. Moktar L. et relative à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit de :*
L'article 26 de la loi n° 81-734 du 3 août 1981 de finances rectificative pour 1981 ; l'article 68 de la loi n° 2002-1576 du 30 décembre 2002 de finances rectificative pour 2002 ; l'article 100 de la loi n° 2006-1666 du 21 décembre 2006 de finances pour 2007[2277] ».

Ensuite, au travers du visa, le Conseil constitutionnel cite le droit applicable à la décision, avant de rappeler les termes de l'ensemble des dispositions législatives contestées par les requérants devant les juridictions ordinaires.

Enfin, s'agissant du cœur même de la décision, le Conseil applique et continue à appliquer dans le cadre de la QPC, un raisonnement organisé en considérants successifs qui à titre liminaire, présente les griefs invoqués par le requérants et les dispositions constitutionnelles invoquées. Par la suite, chaque paragraphe permet de matérialiser les différents griefs d'inconstitutionnalité et permet également de distinguer les questions constitutionnelles de procédure et de fond.

[2276] Voir C. Constit., n° 2010-1 QPC du 28 mai 2010, *Consorts L. (Cristallisation des pensions)*, JO du 29 mai 2010, p. 9728 ; C. Constit., n° 2010-3 QPC du 28 mai 2010, *Union des familles en Europe (Associations familiales)*, JO du 29 mai 2010, p. 9730.
[2277] Voir C. Constit., n° 2010-1 QPC du 28 mai 2010, *Consorts L. (Cristallisation des pensions), op. cit.*

Dans le fond, le Conseil constitutionnel utilise la technique du syllogisme qui consiste à énoncer les règles de droit constitutionnel applicables au cas d'espèce, à déduire leur application aux dispositions législatives et à conclure sur la compatibilité entre les deux normes. Par exemple, toujours dans la première décision du Conseil constitutionnel statuant sur une QPC, les saisissants prétendent que certaines dispositions chargées de régler le statut des pensions civiles et militaires de retraite, sont contraires au principe d'égalité[2278]. Pour cette raison, le juge rappelle que « *l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 dispose que la loi « doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse » ; que le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dan l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit*[2279] ».

En l'espèce, le Conseil constitutionnel considère que la différence de traitement entre les ressortissants français soumis aux dispositions du Code des pensions civiles et militaires des retraites et le régime prévu par certaines dispositions de la loi du 3 août 1981 et du 30 décembre 2002, qui permet des conditions de revalorisation différentes pour les titulaires de pensions civiles ou militaires de retraite, « *compte tenu du lieu de résidence à l'étranger au moment de l'ouverture des droits, des conditions de vie en rapport avec la dignité des fonctions exercées au service de l'Etat*[2280] », est contraire au principe d'égalité. Plus précisément, si le législateur peut prévoir des différences de traitement entre les résidents à l'étranger compte tenu du lieu de résidence en fonction du pouvoir d'achat, il ne peut au contraire et conformément à l'objet de la loi, fonder ce critère sur la nationalité sans heurter le principe d'égalité.

Parallèlement, à l'occasion de la décision « *Union des familles en Europe*[2281] », les requérants prétendent que l'article L 211-3 du code de l'action sociale et des familles en instituant l'Union nationale des associations familiales chargée de représenter l'ensemble des familles auprès des pouvoirs publics, méconnaîtrait le principe de liberté d'expression des différentes associations familiales. Selon le Conseil constitutionnel, « *aux termes de l'article 11 de la*

[2278] Sur cette décision, voir D. Katz, « La décision n° 2010-1 QPC : épilogue ou simple épisode du contentieux de la cristallisation ? Note sous Conseil constitutionnel 28 mai 2010, *Consorts L.*, décision 2010-1 QPC », *RFDA*, 2010, p. 717.
[2279] *Ibid.*
[2280] *Ibid.*
[2281] C. Constit., n° 2010-3 QPC du 28 mai 2010, *Union des familles en Europe (Associations familiales)*, JO du 29 mai 2010, p. 9730.

Déclaration de 1789 : « la libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme : tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi » ; que la liberté d'expression et de communication est d'autant plus précieuse que son exercice est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés ; que les atteintes portées à l'exercice de cette liberté doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi[2282] ». S'agissant ensuite de l'article L 211-3 du code, il prévoit qu'alors même que la représentativité des associations familiales est assurée dans le cadre des unions nationales et départementales des associations familiales auprès des pouvoirs publics, les associations ont la possibilité de représenter et faire valoir leurs propres intérêts envers ces mêmes pouvoirs publics. En conséquence, l'article contesté ne méconnaît pas le principe de liberté d'expression.

B/ Une interprétation circonstancielle des dispositions de nature constitutionnelle dans le cadre de la procédure de question prioritaire de constitutionnalité

A partir des premières décisions rendues conformément à la procédure de QPC, une partie de la doctrine[2283] déplore d'ores et déjà une motivation lacunaire. Notamment, M. Sabète relève dans un article récent, qu'un « ***sentiment d'étonnement perdure et devient progressivement un sentiment de malaise face à la motivation de certaines décisions du Conseil constitutionnel***[2284]». Largement analysé dans le cadre du contrôle *a priori*[2285], l'empirisme du juge apparaît à nouveau au sein de la jurisprudence relative à la question prioritaire de constitutionnalité, dans deux directions essentielles. D'abord, les règles constitutionnelles applicables à une loi sont déterminées de façon circonstancielle (1) et ensuite, l'identification de la marge de manœuvre de la compétence du législateur pour agir en conformité avec la Constitution s'effectue au cas par cas (2).

[2282] C. Constit., n° 2010-3 QPC du 28 mai 2010, *Union des familles en Europe (Associations familiales), Ibid.*
[2283] Voir not., F. Rolin, « Pour un « discours sur la méthode » du contrôle de constitutionnalité par voie d'exception », *AJDA*, 2010, p. 2384 ; W. Sabète, « De l'insuffisante argumentation des décisions du Conseil constitutionnel », *AJDA*, 2011, p. 885.
[2284] *Ibid.*, p. 885.
[2285] Voir *Supra*, 2e partie, titre 1er, chapitre 1er.

1/ L'adaptation des dispositions de la Constitution au cas d'espèce sur la base duquel le Conseil constitutionnel est saisi : une lecture empirique des « droits et libertés garantis par la Constitution »

La détermination des règles constitutionnelles applicables à un cas d'espèce procède toujours de la même méthode au sein des décisions du Conseil constitutionnel, qu'il s'agisse d'une décision d'évaluation *a priori* ou *a posteriori* de la constitutionnalité de la loi. Précisément, le juge, sur la base des griefs avancés à l'encontre d'une loi, rappelle les termes des principes constitutionnels textuels applicables avant d'adapter ce texte au cas d'espèce et de déduire, compte tenu de la loi soumise à son examen, si les règles de nature constitutionnelle sont respectées.

Pour être plus explicite, sur la base de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme aux termes duquel : « *la libre communication des pensées et des opinions est un des droits le plus précieux de l'homme : tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi* », le Conseil constitutionnel ajoute, s'agissant d'évaluer dans le cadre d'une QPC, la préservation de la liberté d'expression des associations familiales dès lors qu'elles sont représentées au sein de l'union nationale des associations familiales, que « *la liberté d'expression et de communication est d'autant plus précieuse que son exercice est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés ; que les atteintes portées à l'exercice de cette liberté doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi*[2286] ».

Par contre, toujours à partir de la liberté d'expression tiré de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme, l'appréciation de la loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet attribuant à la commission de protection des droits de la Haute Autorité le pouvoir de suspendre l'accès à internet, permet au Conseil constitutionnel de considérer que « *en l'état actuel des moyens de communication et eu égard au développement généralisé des services de communication au public en ligne ainsi qu'à l'importance prise par ces services pour la participation à la vie démocratique et l'expression des idées et des opinions, ce droit implique la liberté d'accéder à ces services*[2287] ».

[2286] C. Constit., n° 2010-3 QPC du 28 mai 2010, *Union des familles en Europe (Associations familiales), op. cit.*
[2287] Voir C. Constit., n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*, Rec., p. 107. Voir, également, dans le même sens, C. Constit., n° 2010-45 QPC du 6 octobre 2010,

Parallèlement, et il s'agit toujours de montrer l'interprétation des règles de droit constitutionnel pour les adapter à l'objet singulier d'une loi, la combinaison des articles 6 et 13 de la Déclaration des droits de l'homme applicables à l'article 575 du code de procédure pénale qui soumet la possibilité d'un pourvoi en cassation formé par la partie civile contre les arrêts de la chambre de l'instruction à un pourvoi du ministère public, suppose que si le législateur « *peut prévoir des règles de procédure différentes selon les faits, les situations et les personnes auxquelles elles s'appliquent, c'est à la condition que ces différences ne procèdent pas de distinctions injustifiées et que soient assurées aux justiciables des garanties égales, notamment quant au respect du principe des droits de la défense, qui implique en particulier l'existence d'une procédure juste et équitable garantissant l'équilibre des droits des parties*[2288] ».

Par ailleurs, l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme est rédigé en des termes si généraux qu'il offre au Conseil constitutionnel la possibilité de faire découler de l'exigence constitutionnelle selon laquelle « *toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution* », de nombreuses exigences liées et adaptées au cas d'espèce.

Tout d'abord, le Conseil constitutionnel, invité à se prononcer sur l'ordonnance du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires, a considéré que l'article 16 concerne tout à la fois et à valeur égale, « *le droit des personnes intéressées à exercer un recours juridictionnel*[2289] ». Précisant ce droit à un recours juridictionnel, le Conseil constitutionnel, dans une décision du 29 septembre 2010, relève que l'on peut déduire de l'article 16 de la Déclaration, « *le droit des personnes intéressées à exercer un recours juridictionnel effectif, le droit à un procès équitable, ainsi que les droits de la défense*

M. Mathieu P. (Noms de domaine Internet), JO du 7 octobre 2010, p. 18156 : « *Considérant, d'autre part, que la liberté d'entreprendre découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ; qu'aux termes de son article 11 : « La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme : tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi » ; que la propriété est au nombre des droits de l'homme consacrés par les articles 2 et 17 de la Déclaration de 1789 ; qu'en l'état actuel des moyens de communication et eu égard au développement généralisé des services de communication au public en ligne ainsi qu'à l'importance prise par ces services dans la vie économique et sociale, notamment pour ceux qui exercent leur activité en ligne, l'encadrement, tant pour les particuliers que pour les entreprises, du choix et de l'usage des noms de domaine sur internet affecte les droits de la propriété intellectuelle, la liberté de communication et la liberté d'entreprendre* ».

[2288] Voir C. Constit., n° 2010-15/ 23 QPC du 23 juillet 2010, *Région Languedoc-Roussillon et autres (Article 575 du code de procédure pénale)*, JO du 24 juillet 2010, p. 13727.

[2289] C. Constit., n° 2011-129 QPC du 13 mai 2011, *Syndicat des fonctionnaires du Sénat (Actes internes des Assemblées parlementaires)*, JO du 14 mai 2011, p. 8401 ; plus récemment, voir C. Constit., n° 2011-138 QPC du 17 juin 2011, *Association Vivraviry (Recours des associations)*, JO du 18 juin 2011, p. 10460.

lorsqu'est en cause le caractère d'une punition[2290] ». Parallèlement, le juge a trouvé dans l'article 16, le fondement constitutionnel du principe d'indépendance de la justice[2291] comme du principe du contradictoire[2292]. D'ailleurs en matière pénale, le Conseil constitutionnel déduit de l'article 16 que « *aucune sanction ayant le caractère de punition ne puisse être infligée à une personne sans que celle-ci ait été mise à même de présenter ses observations sur les faits qui lui sont reprochés ; que le principe des droits de la défense s'impose aux autorités disposant d'un pouvoir de sanction sans qu'il soit besoin pour le législateur d'en rappeler l'existence*[2293] ».

Dans un autre ordre d'idées mais toujours s'agissant des applications déclinées de l'article 16, le Conseil constitutionnel a déterminé les conditions d'application du principe de non rétroactivité des lois. Ainsi, au terme d'un considérant de principe, le juge relève que « « *si le législateur peut modifier rétroactivement une règle de droit ou valider un acte administratif ou de droit privé, c'est à la condition de poursuivre un but d'intérêt général suffisant et de respecter tant les décisions de justice ayant force de chose jugée que le principe de non-rétroactivité des peines et des sanctions ; qu'en outre, l'acte modifié ou validé ne doit méconnaître aucune règle ni aucun principe de valeur constitutionnelle, sauf à ce que le but d'intérêt général visé soit lui-même de valeur constitutionnelle ; qu'enfin, la portée de la modification ou de la validation doit être strictement définie*[2294] ». Sur ce point, le juge

---

[2290] C. Constit., n° 2010-38 QPC du 29 septembre 2010, *M. Jean-Yves G. (Amende forfaitaire et droit de recours)*, JO du 30 septembre 2010, p. 17781 ; voir également, C. Constit., n° 2010-62 QPC du 17 décembre 2010, *M. David M. (Détention provisoire devant le juge des libertés et de la détention)*, JO du 19 décembre 2010, p. 22372.
Pour le traitement de chacun de ces aspects, pris isolément, voir par exemple, C. Constit., n° 2011-77 QPC du 10 décembre 2010, *Mme Barta Z. (Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité)*, JO du 4 décembre 2010, p. 21360.
S'agissant du droit à un recours effectif, voir C. Constit., n° 2010-90 QPC du 21 janvier 2011, *M. Jean- Claude C. (Responsabilité solidaire des dirigeants pour le paiement d'une amende fiscale)*, JO du 22 janvier 2011, p. 1387.
Récemment, à propos des droits de la défense, voir C. Constit., n° 2011-125 QPC du 6 mai 2011, *M. Abderrahmane L. (Défèrement devant le procureur de la République)*, JO du 30 avril 2011, p. 7535.
[2291] Voir par exemple, C. Constit., n° 2010-76 QPC du 3 décembre 2010, *M. Roger L. (Tribunaux des affaires de sécurité sociale (TASS))*, JO du 4 décembre 2011, p. 21360 ; C. Constit., n° 2010- 110 QPC du 25 mars 2011, *M. Jean- Pierre B. (Composition de la commission départementale d'aide sociale)*, JO du 26 mars 2011, p. 5406.
[2292] C. Constit., n° 2011-126 QPC du 13 mai 2011, *Société Système U Centrale Nationale et autres (Action du ministre des pratiques restrictives de concurrence)*, JO du 13 mai 2011, p. 8400.
[2293] C. Constit., n° 2010-69 QPC du 26 novembre 2010, *M. Claude F. (Communication d'informations en matière sociale)*, JO du 27 novembre 2010, p. 21118.
[2294] C. Constit., n° 2010-4/ 17 QPC du 22 juillet 2010, *M. Alain C. et autre (Indemnité temporaire de retraite outre- mer)*, JO du 23 juillet 2010, p. 13615 ; voir également, C. Constit., n° 2010-19/ 27 QPC du 30 juillet 2010, *Epoux P. et autres (Perquisitions fiscales)*, JO du 31 juillet 2010, p. 14202 ; C. Constit., n° 2010-29/ 37 QPC du 22 septembre 2010, *Commune de Besançon et autre (Instruction CNI et passeports)*, JO du 23 septembre 2010, p. 17293 ; C. Constit., n° 2010-53 QPC du 14 octobre 2010, *Société Plombinoise de casino (Prélèvements sur le produit des jeux)*, JO du 15 octobre 2010, p. 18541.

constitutionnel s'assure également que le législateur préserve ce qu'il dénomme « *les situations légalement acquises*[2295] » ou qu'il a pris soin de justifier d'éventuelles dérogations par un motif d'intérêt général suffisant, comme autant d'obligations impliquées par le même article de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

Enfin, et pour terminer sur ce point, souvent, c'est le cas des techniques utilisées dans le cadre de la procédure de contrôle a priori de constitutionnalité des lois, le Conseil constitutionnel procède à une lecture combinée de plusieurs dispositions de la Constitution et la synthèse permet d'apprécier la constitutionnalité d'une loi particulière soumise à son examen. Par exemple, de façon significative, s'agissant du transfert de bien de la propriété publique vers des personnes privées, qui met en cause le droit de propriété et le principe d'égalité devant la loi et les charges publiques, le Conseil constitutionnel rappelle conformément à une jurisprudence constante, « *que le principe d'égalité devant la loi et les charges publiques ainsi que la protection du droit de propriété, qui ne concerne pas seulement la propriété privée des particuliers mais aussi la propriété de l'État et des autres personnes publiques, résultent, d'une part, des articles 6 et 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et, d'autre part, de ses articles 2 et 17 ; que ces principes font obstacle à ce que des biens faisant partie du patrimoine de personnes publiques puissent être aliénés ou durablement grevés de droits au profit de personnes poursuivant des fins d'intérêt privé sans contrepartie appropriée eu égard à la valeur réelle de ce patrimoine*[2296] ».

L'ensemble de ces exemples montre donc que dans l'interprétation des dispositions constitutionnelles, le juge se contente le plus souvent d'une lecture circonstancielle et seulement opératoire pour la loi soumise à son examen. En ce sens, le Professeur Frédéric Rolin relève, sous forme de regret, qu' « ***alors que le contrôle de constitutionnalité par voie d'exception devait en effet être l'occasion de faire émerger un système des droits constitutionnels cohérent et articulé, ces décisions conduisent à une accumulation de solutions d'espèce qui ne dessinent les contours d'aucune logique ni d'aucune vision d'ensemble***[2297] ».

[2295] Voir par exemple, C. Constit., n° 2011-118 QPC du 8 avril 2011, *M. Lucien M. (Biens des sections de commune)*, JO du 9 avril 2011, p. 6363.
[2296] Voir C. Constit., n° 2010-67/ 86 QPC du 17 décembre 2010, *Région Centre et région Poitou- Charentes (AFPA- Transfert de biens publics)*, JO du 19 décembre 2010, p. 22373.
[2297] F. Rolin, « Pour un « discours sur la méthode » du contrôle de constitutionnalité par voie d'exception », *AJDA*, 2010, p. 2384.

2/ La détermination du seuil de constitutionnalité d'une loi s'apprécie « in concreto » par le juge constitutionnel

Comme c'est très souvent le cas dans le cadre du contrôle *a priori* des lois[2298], le Conseil constitutionnel rappelle dans le cœur même des décisions rendues par voie d'exception, que c'est en fonction de chaque loi singulière que l'étendue ou au contraire, les limites admissibles à un principe de nature constitutionnelle, s'apprécient. La formule générique qui permet d'illustrer cet aspect, quel que soit le domaine concerné, est celle selon laquelle conformément à sa compétence générale sur le fondement de l'article 34 pour déterminer « *les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques* », le législateur ne doit pas priver « *de garanties légales des exigences constitutionnelles*[2299] ».

Sur ce point, la jurisprudence relative au principe d'égalité, principe très souvent invoqué par les requérants dans le cadre de la procédure de QPC[2300], est éclairante.
Tel qu'interprété classiquement dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, « *le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit*[2301] ». L'appréciation des différences de traitement et la question de savoir si ces différences s'apparentent à des discriminations contraires au principe d'égalité, sont alors toujours évaluées par le Conseil constitutionnel, en fonction de chaque loi particulière.

[2298] Voir s'agissant plus particulièrement des catégories d'établissements publics, *Supra.*, 2e partie, titre 1er, chapitre 1er.
[2299] Voir par exemple, C. Constit., n° 2010-42 QPC du 7 octobre 2010, *CGT- FO et autres (Représentativité des syndicats)*, JO du 8 octobre 2010, p. 18235.
Sur cette notion, voir A. Vidal-Naquet, th., *Les « garanties légales des exigences constitutionnelles » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, th., Paris, Editions Panthéon-Assas, 2007, 671 p.
[2300] Voir par exemple, C. Constit., n° 2010-11 QPC du 9 juillet 2010, *Mme Virginie M. (Pension militaire d'invalidité)*, JO du 10 juillet 2010, p. 12840 ; C. Constit., n° 2010-13 QPC du 9 juillet 2010, *M. Orient O. et autre (Gens du voyage)*, JO du 10 juillet 2010, p. 12841 ; C. Constit., n° 2010-24 QPC du 6 août 2010, *Association nationale des sociétés d'exercice libéral et autres (Cotisation sociale des sociétés d'exercice libéral)*, JO du 7 août 2010, p. 14617 ; C. Constit., n° 2010-44 QPC du 29 septembre 2010, *Epoux M.(Impôts de solidarité sur la fortune)*, JO du 30 septembre 2010, p. 17783 ; C. Constit., n° 2010-39 QPC du 6 octobre 2010, *Mme Isabelle D. et Isabelle B. (Adoption au sein d'un couple non marié)*, JO du 7 octobre 2010, p. 18154 ; C. Constit., n° 2010-58 QPC du 18 octobre 2010, *PROCOS et autres (Taxe sur les surfaces commerciales)*, JO du 19 octobre 2010, p. 18699 ; C. Constit., n° 2010-83 QPC du 13 janvier 2011, *M. Claude G. (Rente viagère d'invalidité)*, JO du 14 janvier 2011, p. 81 ; C. Constit., n° 2010-101 QPC du 11 février 2011, *Mme Monique P. et autres (Professionnels libéraux soumis à une procédure collective)*, JO du 12 février 2011, p. 2758.
[2301] Voir par exemple, C. Constit., n° 2010-3 QPC du 28 mai 2010, *Union des familles en Europe (Associations familiales)*, JO du 29 mai 2010, p. 9730.

En pratique par exemple, le juge constitutionnel relève, dans sa décision du 28 mai 2010, « *Cristallisation des pensions*[2302] », que la méconnaissance du principe d'égalité par les lois réglant le statut des bénéficiaires des pensions civiles et militaires de retraites des ressortissants français à l'étranger est lié, compte tenu de l'objet de la loi, au fait qu'il établit des différences selon la nationalité. Pour autant, et le Conseil constitutionnel est explicite sur ce point, dans le cadre de ses compétences en la matière, « *le législateur pouvait fonder une différence de traitement sur le lieu de résidence en tenant compte des différences de pouvoir d'achat*[2303] ». A l'inverse, dans une décision du 9 juillet 2010, à propos de l'attribution d'une compétence attribuée au préfet pour mettre en demeure et évacuer les résidences mobiles susceptibles de porter atteinte à l'ordre public, le Conseil constitutionnel considère qu'en fondant des différences de traitement entre les habitations considérées comme des résidences mobiles et les personnes vivant de façon sédentaire, les dispositions critiquées ne sont pas contraires au principe d'égalité. Précisément, ces différences, et ce sont les termes employés par le juge, « *reposent sur des critères objectifs et rationnels en rapport direct avec le but que s'est assigné le législateur en vue d'accueillir les gens du voyage dans des conditions avec l'ordre public et les droits des tiers*[2304] ». Il ne s'agit pas, précise le Conseil, d'instituer des critères de distinction en lien avec l'origine ethnique. Pour un dernier exemple, ayant à se prononcer sur l'attribution d'une « *carte du combattant*[2305] » aux membres des forces supplétives françaises ayant servi pendant la guerre d'Algérie ou durant les conflits en Tunisie ou au Maroc, le législateur « *ne pouvait pas établir, au regard de l'objet de la loi et pour cette attribution, une différence de traitement selon la nationalité ou le domicile entre les membres de force supplétive*[2306] ». L'application de critères de différenciation fondés sur la nationalité et le domicile, est contraire au principe d'égalité[2307].

Plus généralement, et cet aspect est souligné dès les premières décisions QPC, le Conseil constitutionnel rappelle très souvent que c'est de la nécessité et du caractère proportionné de

---

[2302] Voir C. Constit., n° 2010-1 QPC du 28 mai 2010, *Consorts L. (Cristallisation des pensions)*, JO du 29 mai 2010, p. 9728.
[2303] *Ibid.*
[2304] C. Constit., n° 2010-13 QPC du 9 juillet 2010, *M. Orient O. et autre (Gens du voyage)*, JO du 10 juillet 2010, p. 12841.
[2305] C. Constit., n° 2010-18 QPC du 23 juillet 2010, *M. Lahcène A. (Carte du combattant)*, JO du 24 juillet 2010, p. 13729.
[2306] *Ibid.*
[2307] Sur le critère de nationalité, voir C. Constit., n° 2010-93 QPC du 4 février 2011, *Comité Harkis et Vérité (Allocation de reconnaissance)*, JO du 5 février 2011, p. 2351 ; C. Constit., n° 2011-128 QPC du 6 mai 2011, *Syndicat SUD AFD (Conseil d'administration de l'Agence France- Presse)*, JO du 7 mai 2011, p. 7535.

l'atteinte portée à un droit ou une liberté par une loi que dépend sa conformité à la Constitution.

Ainsi par exemple, dans sa décision « *Union des familles en Europe* », s'agissant de l'aménagement de la liberté d'expression, « *que les atteintes portées à l'exercice de cette liberté doivent être nécessaires adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi*[2308] ». De la même façon, le 18 juin 2010 à propos de l'étendue du régime de responsabilité établi sur la base de la liberté énoncée à l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme[2309], le juge constitutionnel considère que le législateur peut régler, « *pour un motif d'intérêt général, les conditions dans lesquelles la responsabilité peut être engagée*[2310] ». Plus précisément, poursuit le Conseil constitutionnel, « *il peut, ainsi, pour un tel motif, apporter à ce principe des exclusions ou des limitations à condition qu'il n'en résulte pas une atteinte disproportionnée aux droits des victimes d'actes fautifs ainsi qu'au droit à un recours juridictionnel effectif qui découle de l'article 16 de la Déclaration de 1789*[2311] ».

Dans une autre décision encore, afin de respecter la liberté d'aller et venir dérivée de la liberté consacrée aux articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789, les mesures de police administrative doivent toujours « *être justifiées par la nécessité de sauvegarder l'ordre public et proportionné à cet objectif*[2312] ».

Enfin[2313], dans la détermination des règles d'imposition, pour être en conformité avec l'article 13 de la Déclaration des droits de l'homme qui impose une répartition égalitaire des charges

---

[2308] Voir C. Constit., n° 2010-3 QPC du 28 mai 2010, *Union des familles en Europe (Associations familiales)*, JO du 29 mai 2010, p. 9730.
C'est le même contrôle d'ailleurs, qui est effectué par le juge constitutionnel, s'agissant de la liberté d'entreprendre. Voir par exemple, C. Constit., n° 2010-89 QPC du 21 janvier 2011, *Société Chaud Colatine (Arrêté de fermeture hebdomadaire de l'établissement)*, JO du 22 janvier 2011, p. 1387.

[2309] C. Constit., n° 2010-8 QPC du 18 juin 2010, *Epoux L. (Faute inexcusable de l'employeur)*, JO du 19 juin 2010, p. 11149 : « *Considérant qu'aux termes de l'article 4 de la Déclaration de 1789 : « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui » ; qu'il résulte de ces dispositions qu'en principe, tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ; que la faculté d'agir en responsabilité met en œuvre cette exigence constitutionnelle* ».

[2310] *Ibid.*

[2311] C. Constit., n° 2010-8 QPC du 18 juin 2010, *Epoux L. (Faute inexcusable de l'employeur)*, *Ibid.*

[2312] C. Constit., n° 2010-13 QPC du 9 juillet 2010, *M. Orient O. et autre (Gens du voyage)*, JO du 10 juillet 2010, p. 12841.
Dans le même sens, le Conseil constitutionnel apprécie les limites à la liberté d'entreprendre, dès lors qu'elles sont justifiées par un motif d'intérêt général en ce qu'elles ne correspondent pas à des « *atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi*. » Voir par exemple, C. Constit., n° 2010-55 QPC du 18 octobre 2010, *M. Rachid M. et autres*, JO du 19 octobre 2010, p. 18695.

[2313] De nombreux autres exemples illustrent cet aspect. Notamment, pour concilier la liberté individuelle de l'article 66 de la Constitution avec une loi prévoyant l'hospitalisation d'office d'un patient sans son consentement, le Conseil constitutionnel relève : « *Considérant que l'hospitalisation sans son consentement d'une personne atteinte de troubles mentaux doit respecter le principe, résultant de l'article 66 de la Constitution, selon lequel la liberté individuelle ne saurait être entravée par une rigueur qui ne soit nécessaire ; qu'il incombe au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, la protection de la santé des personnes souffrant de troubles mentaux ainsi que la prévention des atteintes à l'ordre public nécessaire à la sauvegarde*

publiques en fonction des facultés des citoyens[2314], le législateur détermine, « *dans le respect des principes constitutionnels et compte tenu des caractéristiques de chaque impôt, les règles selon lesquelles doivent être appréciées les facultés contributives ; qu'en particulier, pour assurer le respect du principe d'égalité, il doit fonder son appréciation sur des critères objectifs et rationnels en fonction des buts qu'il se propose ; que cette appréciation ne doit cependant pas entraîner de rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques*[2315] ».

§2/ Les nouveautés du contentieux de constitutionnalité des droits et libertés sur le fondement d'une question prioritaire de constitutionnalité

La mise en œuvre de la procédure de question prioritaire de constitutionnalité a pour l'heure permis deux nouveautés essentielles. D'abord, simplement chargé de se prononcer sur les dispositions qui consacrent des droits et libertés, le Conseil constitutionnel livre une lecture constructive et renouvelée de cette partie de la Constitution (A). Par ailleurs, instituant une procédure qui concerne tout citoyen, épaulé par leurs avocats ainsi que les juridictions ordinaires, le Conseil constitutionnel est inévitablement amené à permettre une large diffusion de sa jurisprudence afin de contribuer au bon fonctionnement de cette nouvelle voie contentieuse (B).

---

de droits et principes de valeur constitutionnelle et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties ». Appliqué à loi particulière soumise à l'examen du juge, le Conseil constitutionnel ajoute, « *qu'au nombre de celles-ci figurent la liberté d'aller et venir et le respect de la vie privée, protégés par les articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ainsi que la liberté individuelle dont l'article 66 de la Constitution confie la protection à l'autorité judiciaire ; que les atteintes portées à l'exercice de ces libertés doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées aux objectifs poursuivis* ». Voir C. Constit., n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010, *Mlle Danielle S.(Hospitalisation sans consentement)*, JO du 27 novembre 2010, p. 21119.

[2314] L'article 13 de la Déclaration est ainsi rédigé : « *Pour l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable : elle doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés* ».

[2315] C. Constit., n° 2010-16 QPC du 23 juillet 2010, *M. Philippe E. (Organismes de gestion agréés)*, JO du 24 juillet 2010, p. 13728.

A/ Le développement de la « Constitution-charte des droits et libertés[2316] »

Exclusivement applicable aux « *droits et libertés que la Constitution garantit* », le développement des décisions QPC permet d'enrichir ces droits d'applications nouvelles (1). Surtout, dès lors que l'une des conditions essentielles à l'admission d'une question prioritaire de constitutionnalité est celle d'une requête qui concerne une éventuelle atteinte à la catégorie des « *droits et libertés* », la jurisprudence constitutionnelle offre une lecture renouvelée, s'agissant de la nature des différentes dispositions contenues au sein de la Constitution (2).

1/ Le rayonnement des droits et libertés dans le cadre de la procédure de question prioritaire de constitutionnalité

Avec la procédure de QPC, le juge constitutionnel est aujourd'hui amené à étendre le rayonnement des droits et libertés et à déterminer leur champ d'application au-delà de ce qu'il a eu l'occasion de préciser dans le cadre de la procédure de contrôle *a priori*.
Par exemple, une décision du 6 août 2010 est l'occasion pour le Conseil constitutionnel, sur le fondement d'une question prioritaire de constitutionnalité[2317], de préciser l'étendue d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République consacré par le Conseil en 1984, celui de l'indépendance des enseignants-chercheurs[2318]. Ayant été amené à préciser certains aspects de l'indépendance des enseignants-chercheurs dans le cadre de leurs activités, notamment « *une représentation propre et authentique dans les conseils de la communauté universitaire*[2319] », l'intérêt de la décision du 6 août 2010 est qu'elle est l'occasion, pour le Conseil constitutionnel, d'interroger cette fois les exigences liées au principe d'indépendance lors du recrutement des enseignants[2320]. Plus précisément, le Conseil constitutionnel considère que si « *le principe d'indépendance des enseignants-chercheurs implique que les professeurs*

[2316] La paternité de l'expression revient au Professeur Dominique Rousseau. Voir D. Rousseau, « Une résurrection : la notion de Constitution », *RDP*, 1990, p. 23.
[2317] C. Constit., n° 2010-20/ 21 QPC du 6 août 2010, *M. Jean C. et autres (Loi Université)*, JO du 7 août 2010, p. 14615.
[2318] Voir C. Constit., n° 83-165 DC du 20 janvier 1984, *Loi relative à l'enseignement supérieur*, Rec., p. 30 : « *Considérant qu'en ce qui concerne les professeurs, auxquels l'article 55 de la loi confie des responsabilités particulières, la garantie de l'indépendance résulte en outre d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République, et notamment par les dispositions relatives à la réglementation des incompatibilités entre le mandat parlementaire et les fonctions publiques* ».
[2319] Voir C. Constit., n° 83-165 DC du 20 janvier 1984, *Loi relative à l'enseignement supérieur*, Rec., p. 30.
[2320] Voir sur ce point, les commentaires, à propos de la décision du 6 août 2010, *M. Jean C. et autres (Loi Université)*, disponibles sur le site du Conseil constitutionnel, à l'adresse suivante : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/201020_21QPCccc_20qpc.pdf

et maîtres de conférences soient associés au choix de leurs pairs, il n'impose pas que toutes les personnes intervenant dans la procédure de sélection soient elles-mêmes des enseignants-chercheurs d'un grade au moins égal à celui de l'emploi à pourvoir[2321] ».

Parallèlement, par une décision du 4 février 2011, le Conseil constitutionnel est amené à se prononcer sur l'âge de la retraite non pas, comme il a eu l'occasion de le faire dans le cadre de la procédure *a priori*, pour revendiquer le droit d'y accéder, mais pour examiner les conditions de la mise en retraite d'office[2322]. Pour la première fois, en d'autres termes, le Conseil constitutionnel examine la question de l'âge de la retraite, pour reprendre les termes des commentaires aux « *cahiers du Conseil constitutionnel* », « *à front renversé*[2323] ». Ainsi, le juge considère que le législateur n'a pas méconnu le droit d'obtenir un emploi tout en permettant l'exercice de ce droit par le plus grand nombre, il n'a pas davantage porté atteinte au principe d'égalité, en permettant à l'employeur de mettre à la retraite des employés qui ont atteint la limite d'âge qui leur ouvre droit à une pension à taux plein.

Par ailleurs, il arrive que dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité, le juge constitutionnel confronte pour la première fois les droits ou libertés, avec certains domaines de la compétence du législateur. Par exemple, le Conseil constitutionnel considère, au travers d'une décision du 26 novembre 2011, « *Mlle Danielle S.*[2324] », que le législateur peut prévoir l'hospitalisation d'office sans leur consentement des personnes atteintes de troubles mentaux, sans heurter l'ensemble des droits et libertés constitutionnellement garantis[2325].

[2321] C. Constit., n° 2010-20/ 21 QPC du 6 août 2010, *M. Jean C. et autres (Loi Université)*, JO du 7 août 2010, p. 14615.

[2322] Voir C. Constit., n° 2010-98 QPC du 4 février 2011, *M. Jacques N. (Mise à la retraite d'office)*, JO du 5 février 2011, p. 2355.

[2323] Voir les commentaires sur la décision n° 2010-98 QPC du 4 février 2011, *M. Jacques N. (Mise à la retraite d'office)*, disponibles sur le site du Conseil constitutionnel, à l'adresse suivante : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/201098QPCccc_98qpc.pdf

[2324] C. Constit., n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010, *Mlle Danielle S.(Hospitalisation sans consentement)*, JO du 27 novembre 2010, p. 21119. Sur ce point, plus récemment, voir C. Constit., n° 2011-135/ 140 QPC du 9 juin 2011, *M. Abdellatif B. et autre (Hospitalisation d'office)*, JO du 10 juin 2011, p. 9892.

[2325] A propos du principe de dignité de la personne humaine, par exemple, le Conseil constitutionnel relève : « *Considérant qu'il appartient aux professionnels de santé ainsi qu'aux autorités administratives et judiciaires de veiller, dans l'accomplissement de leurs missions et dans l'exercice de leurs compétences respectives, à ce que la dignité des personnes hospitalisées sans leur consentement soit respectée en toutes circonstances ; que la deuxième phrase du premier alinéa de l'article L. 326-3 du code de la santé publique rappelle cette exigence ; qu'il appartient, en outre, aux autorités compétentes, dans le cadre des pouvoirs qui leur sont reconnus par le code de la santé publique et, le cas échéant, sur le fondement des infractions pénales prévues à cette fin, de prévenir et de réprimer les agissements portant atteinte à la dignité de la personne hospitalisée sans son consentement et d'ordonner la réparation des préjudices subis ; que la méconnaissance éventuelle de cette exigence dans l'application des dispositions législatives précitées n'a pas, en elle-même, pour effet d'entacher ces dispositions d'inconstitutionnalité ; que, par suite, les dispositions soumises à l'examen du Conseil*

Enfin, très récemment, le juge constitutionnel a eu l'occasion de préciser la portée des dispositions de la Charte de l'environnement et notamment ses articles 1 et 2[2326]. Si l'ensemble des articles a déjà été considéré par le Conseil constitutionnel, comme dotés de valeur normative[2327], une décision QPC du 8 avril 2011 permet une lecture couplée des articles de la Charte[2328] mais également, étend les obligations en matière d'environnement aux personnes privées[2329]. Plus précisément, l'interprétation par le juge des articles 1 et 2 de la Charte signifie que « *les pouvoirs publics, les autorités administratives et l'ensemble des personnes* (…) *sont tenus à une obligation de vigilance à l'égard des atteintes à l'environnement qui pourraient résulter de son activité*[2330] ».

2/ Les dispositions constitutionnelles qui ne constituent pas un droit ou une liberté au sens de l'article 61-1 de la Constitution : la définition continue de la notion de « droits et liberté garantis par la Constitution »

Si l'introduction de la procédure de question prioritaire de constitutionnalité est considérée à juste titre comme une avancée substantielle de l'Etat de droit en France, c'est qu'elle concerne

---

constitutionnel ne portent pas atteinte à la dignité de la personne ». Voir C. Constit., n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010, *Mlle Danielle S.(Hospitalisation sans consentement), op. cit.*

[2326] C. Constit., n° 2011-116 QPC du 8 avril 2011, *M. Michel Z. et autre (Troubles du voisinage et environnement)*, JO du 9 avril 2011, p. 6361.

[2327] Voir not., pour l'application de l'article 6 de la Charte : C. Constit., n° 2005-514 DC du 28 avril 2005, *Loi relative à la création d'un registre international*, Rec., p. 78 ; C. Constit., n° 2005-516 DC du 7 juillet 2005, *Loi de programmation fixant les orientations en matière énergétique*, Rec., p. 102.
Pour l'application de l'article 5 : C. Constit., n° 2008-564 DC du 19 juin 2008, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*, Rec., p. 313.
Pour l'application des articles 2, 3 et 4, voir C. Constit., n° 2009-599 DC du 29 décembre 2009, *Lois de finances pour 2010*, Rec., p. 218.

[2328] Les décisions, statuant avant l'entrée de vigueur de la loi, se contentent d'appuyer leur appréciation de conformité des dispositions de la Charte avec la loi sur la base de tel article de la Charte, énoncé en tant que tel. A propos de l'application de l'article 5, par exemple, le Conseil constitutionnel relève : « *Considérant qu'aux termes de l'article 5 de la Charte de l'environnement : « Lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par l'application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage » ; que ces dispositions, comme l'ensemble des droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement, ont valeur constitutionnelle ; qu'elles s'imposent aux pouvoirs publics et aux autorités administratives dans leur domaine de compétence respectif ; que, dès lors, il incombe au Conseil constitutionnel, saisi en application de l'article 61 de la Constitution, de s'assurer que le législateur n'a pas méconnu le principe de précaution et a pris des mesures propres à garantir son respect par les autres autorités publiques* ». Voir C. Constit., n° 2008-564 DC du 19 juin 2008, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés, op. cit.*

[2329] Alors que jusqu'alors, seuls les pouvoirs publics et les autorités administratives étaient considérées comme destinataires des dispositions de la Charte. *Ibid.*

[2330] C. Constit., n° 2011-116 QPC du 8 avril 2011, *M. Michel Z. et autre (Troubles du voisinage et environnement), Op. Cit.*

directement la protection des droits et libertés des citoyens. Plus humblement, s'agissant de la pure technique contentieuse, dès lors que la procédure de l'article 61-1 de la Constitution soumet la compétence du juge à une éventuelle atteinte « *aux droits et libertés que la Constitution garantit*[2331] », la jurisprudence du Conseil constitutionnel permet de déterminer si certaines dispositions peuvent être considérées comme un droit ou une liberté[2332].

Si d'emblée, l'ensemble des droits inscrits dans le cœur de la Constitution, dans la Déclaration des droits de l'homme de 1789, le Préambule de la Constitution de 1946 et la Charte de l'environnement[2333], sont susceptibles d'être identifiés comme impliquant l'admission d'une question prioritaire de constitutionnalité, la clarification est en définitive plus aisée *a contrario*, c'est-à-dire à partir des dispositions constitutionnelles qui ont été jugées par le Conseil constitutionnel, comme ne constituant pas un droit ou une liberté.

Invitée à se prononcer sur l'une des premières questions prioritaires de constitutionnalité devant le Conseil d'Etat, Mme Courrèges, Rapporteur public, entend, au-delà des questions juridiques particulières liées à la saisine, insister sur le rôle respectif du Conseil constitutionnel et de la juridiction suprême de renvoi, en l'occurrence dans ce cas, le Conseil d'Etat[2334]. Essentiellement, le Rapporteur public invite le juge administratif à se garder d'aller au- delà de son rôle de filtre[2335] et de fait, à s'efforcer de s'en tenir aux questions de recevabilité de la procédure, sans trop rentrer dans le fond de l'espèce[2336].

[2331] Sur ce point, voir P. Mbongo, « Droit au juge et prééminence du droit. Bréviaire processualiste de l'exception d'inconstitutionnalité », *D.* 2008, p. 2089.

[2332] Alors saisi sur le fondement du contrôle *a priori* de constitutionnalité des lois, le Conseil constitutionnel considère, dans une décision du 12 mai 2010, que « *le respect de l'exigence constitutionnelle de transposition des directives ne relève pas des « droits et libertés que la Constitution garantit » et ne saurait, par suite, être invoqué dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité* ». Voir C. Constit., n° 2010-605 DC du 12 mai 2010, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régularisation du secteur des jeux de hasard en ligne*, JO du 13 mai 2010, p. 8897.
Sur cette question générale, voir, not. B. Mathieu, « La question de constitutionnalité, Quelles lois ? Quels droits fondamentaux ? », *LPA*, 25 juin 2009, p. 18 ; P. Bon, « Premières questions, premières précisions », *RFDA*, 2010, p. 679.

[2333] Pour une liste exhaustive des droits et libertés qui ont fait, pour le moment, l'objet d'un examen de la part du Conseil constitutionnel, voir C. Maugüe, J-H. Stahl, *La question prioritaire de constitutionnalité*, Paris, Dalloz, 2011, p. 140 et suiv.
Voir, également, sur ce point, G. Drago, « La défense de la Constitution à regret. Principe et modalités de la question préjudicielle de constitutionnalité selon l'article 61-1 de la Constitution et le projet de loi organique », *in* Institut Louis Favoreu (Dir.), *Contrôle de constitutionnalité par voie préjudicielle*, Aix-en-Provence, PUAM, 2009, p. 45 et suiv.

[2334] Voir A. Courrèges, « L'article L. 211-3 du code de l'action sociale et des familles est- il contraire au principe constitutionnel d'égalité ? », *AJDA*, 2010, p. 1013.

[2335] Voir également, B. Stirn, « Le filtrage selon le Conseil d'Etat », *JCP*, 29 novembre 2010, p. 24.

[2336] Sur ce point, Mme Courrèges relève par exemple, « *dès lors que vous décidez qu'un renvoi au Conseil constitutionnel s'impose, il convient de ne pas « faire de la dentelle » en n'incluant que certains moyens dans la*

En pratique, il s'agit de savoir si la catégorie des objectifs de valeur constitutionnelle, celui du pluralisme des courants d'idées ou d'opinions en l'espèce, fait partie des droits et libertés concernés par la procédure de QPC[2337]. Mme Courrèges relève que si ces règles ne méritent sans doute pas la qualification de « *droit ou liberté* », la qualification des objectifs de valeur au titre des droits et libertés serait davantage une affaire d'appréciation au cas d'espèce, selon l'objectif invoqué. Pour cette raison, elle suggère au Conseil d'Etat[2338], confronté à tel ou tel objectif, de confier au Conseil constitutionnel le soin de trancher l'identification d'un objectif de valeur constitutionnel à un droit au sens de l'article 61-1 de la Constitution[2339].

D'ailleurs la position retenue par Mme Courrèges, s'agissant de l'office du juge administratif dans son rôle de filtre, est confortée par les conclusions d'un autre Rapporteur public, M. Boucher, à l'occasion de l'arrêt du 23 avril 2010, « *SNC Kimberly-Clark*[2340]». De nouveau, il insiste sur la nécessité de laisser au Conseil constitutionnel le soin de déterminer son propre office compte tenu de la qualification des droits et libertés protégés par la Constitution[2341].

---

décision de renvoi et en en écartant d'autres dans les motifs de votre décision. Non seulement ce serait peu conforme à l'exigence de coopération loyale entre les juridictions qui gouverne toute la procédure mise en place au regard de la compétence réservée au Conseil constitutionnel, mais, en outre, ce serait hasardeux, puisque le Conseil constitutionnel pourrait s'en saisir d'office et, éventuellement, retenir un parti différent ». Elle ajoute : « *si le mécanisme de filtrage a pour conséquence de vous faire jouer un rôle de « juge constitutionnel négatif » et s'il vous est reconnu le pouvoir d'apprécier l'intérêt de saisir le Conseil constitutionnel, vous devez, comme nous venons de le souligner, exercer ce pouvoir dans un réel esprit de coopération et dans le respect de la compétence reconnue au Conseil constitutionnel, au risque sinon de favoriser une regrettable « cacophonie jurisprudentielle »*. *Ibid.*

[2337] Voir not. sur ce point, P. Bon, « Premières questions, premières précisions », *RFDA*, 2010, p. 679 ; G. Drago, « Le nouveau visage du contentieux constitutionnel », *RFDC*, 2010, p. 751.

[2338] Sur la jurisprudence du Conseil d'Etat, en la matière, voir P. Bon, « Premières questions, premières précisions », *op. cit.* L'auteur montre que, des premiers arrêts du Conseil d'Etat, ce dernier ne semble pas procéder lui-même au tri des dispositions constitutionnelles pouvant être qualifiées de droit et liberté au sens de l'article 61-1. Il reste que le Conseil d'Etat a eu l'occasion de juger que certaines dispositions constitutionnelles invoquées à l'appui d'une requête ne constituent pas un droit au sens de l'article 61-1 de la Constitution. Voir par exemple, à propos de l'article 1er de la Constitution les conclusions du Rapporteur public, M. Guyomar, à propos d'un arrêt du 15 septembre 2010, *M. Thalineau*. Voir M. Guyomar, « Les dispositions du code de l'expropriation et du code de l'urbanisme qui prévoient la mise en compatibilité des documents d'urbanisme avec une opération déclarée d'utilité publique méconnaissent-elles le principe de la libre administration des collectivités territoriales ? », *BJCL*, 2010, n° 9/10, p. 594. Sur ce point, le rapporteur considère l'article 1er de la Constitution qui prévoit que l'organisation de la République est décentralisée « *issue de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003, qui consacre un principe d'organisation des collectivités par rapport à l'Etat, n'est pas au nombre des « droits et libertés que la Constitution garantit » au sens de l'article 61-1 de la Constitution. Elle ne relève donc pas du champ de la question prioritaire de constitutionnalité et n'est pas invocable dans ce cadre* ».

[2339] Pour reprendre les termes de Mme Courrèges sur ce point, « *La réponse pourrait être nuancée, au cas par cas et objectif par objectif, et n'appelle pas de réponse certaine. Il nous semble alors que si les autres conditions du renvoi sont remplies, il faudrait transmettre la question au Conseil constitutionnel, y compris en ce qui concerne cet objectif : son exclusion par principe du champ de la QPC ne va pas de soi et pourrait en tout cas justifier une utile prise de position du juge constitutionnel sur cette question intéressant les deux ordres de juridiction* ». Voir A. Courrèges, « L'article L. 211-3 du code de l'action sociale et des familles est-il contraire au principe constitutionnel d'égalité ? », *op. cit.*

[2340] Voir J. Boucher, « L'incompétence négative du législateur », *RFDA*, 2010, p. 704.

[2341] *Ibid.* : « *Notons d'abord, à cet égard, qu'on pourrait légitimement soutenir que la question de savoir si les moyens soulevés à l'appui d'une QPC entrent dans le champ d'application de cette procédure, qui se pose en amont de celles que nous avons examinées précédemment, ressortit pleinement à votre compétence. Nous*

C'est donc essentiellement sous l'effet de l'examen de la part du Conseil constitutionnel d'une QPC, que les dispositions constitutionnelles qui peuvent être considérées comme un droit ou une liberté au sens de l'article 61-1, sont progressivement déterminées.

D'abord, d'un point de vue chronologique et pour s'en tenir pour le moment à une lecture de la jurisprudence seulement analytique, dans une décision « *Commune de Dunkerque*[2342] » du 2 juillet 2010, le Conseil constitutionnel est saisi d'un moyen selon lequel la disposition du code général des collectivités territoriales prévoyant l'organisation d'un référendum dès lors qu'est prévue une fusion de communes, serait contraire à l'article 72-1 de la Constitution au terme duquel, en cas de modification des limites territoriales d'une collectivité, il est possible, dans les conditions fixées par la loi, d'organiser un referendum[2343]. Répondant directement à ce moyen, le Conseil constitutionnel considère que la compétence législative instituée par l'article 72-1 de la Constitution en matière de referendum local ne constitue pas un droit ou une liberté susceptible d'être examiné dans le cadre de la procédure de QPC[2344]. Pour être plus précis, et d'après les commentaires aux cahiers du Conseil constitutionnel à propos de cette décision, « *dotée d'une très faible valeur normative, cette phrase est une simple habilitation laissée à l'appréciation du législateur et ne constitue ni un droit ni une liberté qui puisse être invoqué dans le cadre de l'article 61-1 de la Constitution*[2345] ».

---

croyons toutefois difficile d'adhérer à une telle idée : c'est d'abord, selon nous, au Conseil constitutionnel qu'il appartiendra de déterminer l'étendue de son office au titre de l'article 61-1 de la Constitution, et notamment ce qu'il convient d'entendre par les « droits et libertés » mentionnés par cet article ».

[2342] C. Constit., n° 2010-12 QPC du 2 juillet 2010, *Commune de Dunkerque (Fusion de communes)*, JO du 3 juillet 2010, p. 12121.

[2343] Plus précisément, la commune requérante soutient que l'autorisation de recourir au referendum, conformément à la Constitution, en matière de modification des limites d'une collectivité territoriale dont la fusion de communes ferait partie, doit être décidée par le législateur : « *Considérant que la commune requérante soutient qu'en prévoyant un référendum pour toutes les fusions de communes, les dispositions précitées sont contraires à la dernière phrase du troisième alinéa de l'article 72-1 de la Constitution qui autorise uniquement une consultation des électeurs en matière de modification des limites des collectivités territoriales* ». Voir C. Constit., n° 2010-12 QPC du 2 juillet 2010, *Commune de Dunkerque (Fusion de communes)*, *Ibid.*

[2344] Sur cette question, voir les commentaires à propos de la décision n° 2011-130 QPC du 20 mai 2011, *Mme Cécile L. et autres (Langues régionales)*, JO du 20 mai 2011, p. 8889. Voir également, M. Verpeaux, « Question prioritaire de constitutionnalité et libre administration des collectivités territoriales », *AJDA*, 2010, p. 1594.
Il faut ajouter, *a contrario*, qu'à l'occasion de cette décision, le Conseil constitutionnel accepte d'exercer son contrôle s'agissant du principe de libre administration des collectivités territoriales considéré comme un droit ou une liberté au sens de l'article 61-1 de la Constitution. Voir, sur ce point, E. Geffray, « La procédure de consultation des électeurs en cas de fusion de communes », Conclusions sur Conseil d'Etat 18 mai 2010, *Commune de Dunkerque*, *RFDA*, 2010, p. 713. Le Rapporteur invite le Conseil d'Etat à saisir le Conseil constitutionnel d'une question prioritaire, notamment dès lors que le principe de libre administration des collectivités territoriales « *fait à l'évidence partie des droits et libertés garantis par la Constitution, et constitue même un principe propre à l'ordre constitutionnel français* ».

[2345] Voir le commentaire de la décision n° 2010-12 QPC du 12 juillet 2010, *Commune de Dunkerque*, disponible sur le site du Conseil constitutionnel à l'adresse suivante :
http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/201012QPCccc_12qpc.pdf

Par la suite, le Conseil constitutionnel a eu de nouveau l'occasion de considérer que n'entrent pas dans le champ de la procédure de question prioritaire de constitutionnalité, la procédure d'adoption d'une loi[2346], le droit de consentir à l'impôt prévu à l'article 14 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789[2347] ou encore le dernier alinéa de l'article 72-2 de la Constitution aux termes duquel, « *La loi prévoit des dispositifs de péréquation destinés à favoriser l'égalité entre les collectivités territoriales*[2348] ». Il a également écarté cette qualification, à propos des objectifs de valeur constitutionnelle[2349] d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi[2350] ou celui de bonne administration de la justice[2351].

Ayant enfin à se prononcer sur la conformité à la Constitution d'une disposition du code de l'éducation qui prévoit la possibilité d'organiser un enseignement de langues et cultures régionales conformément à des modalités prévues par une convention entre l'Etat et les collectivités territoriales concernées, le Conseil constitutionnel rejette le moyen développé par les requérants fondés sur l'article 75-1 de la Constitution[2352]. En effet, si cet article qui prévoit

---

[2346] C. Constit., n° 2010-4/ 17 QPC du 22 juillet 2010, *M. Alain C. et autre (Indemnité temporaire de retraite outre-mer)*, JO du 23 juillet 2010, p. 13615 : « *Considérant que le grief tiré de la méconnaissance de la procédure d'adoption d'une loi ne peut être invoqué à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution* ».
Voir par ailleurs, à propos de la compétence du législateur, C. Constit., n° 2010-5 QPC du 18 juin 2010, *SNC KIMBERLY CLARK (Incompétence négative en matière fiscale)*, JO du 19 juin 2010, p. 11149.

[2347] C. Constit., n° 2010-19/ 27 QPC du 30 juillet 2010, *Epoux P. et autre (Perquisitions fiscales)*, JO du 31 juillet, p. 14202 : « *que les dispositions de l'article 14 de la Déclaration de 1789 sont mises en œuvre par l'article 34 de la Constitution et n'instituent pas un droit ou une liberté qui puisse être invoqué, à l'occasion d'une instance devant une juridiction, à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution ; que, dès lors, le grief tiré de la méconnaissance de l'article 14 de la Déclaration de 1789 doit être écarté* ».

[2348] C. Constit., n° 2010-29/ 37 QPC du 22 septembre 2011, *Commune de Besançon et autre (Instruction CNI et passeports)*, JO du 23 septembre 2010, p. 17293 : « *Considérant, en premier lieu, qu'aux termes du dernier alinéa de l'article 72-2 de la Constitution : « La loi prévoit des dispositifs de péréquation destinés à favoriser l'égalité entre les collectivités territoriales » ; que, si cette disposition a pour but de concilier le principe de liberté avec celui d'égalité par l'instauration de mécanismes de péréquation financière, sa méconnaissance ne peut, en elle-même, être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution* ».

[2349] Sur la question particulière des objectifs à valeur constitutionnelle, voir C. Maugüe, J-H. Stahl, *La question prioritaire de constitutionnalité*, *Op. Cit.*, p. 147 et suiv.

[2350] C. Constit., n° 2010-4/ 17 QPC du 22 juillet 2010, *M. Alain C. et autre (Indemnité temporaire de retraite outre- mer)*, JO du 23 juillet 2010, p. 13615 : « *Considérant que, si l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, impose au législateur d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques, sa méconnaissance ne peut, en elle-même, être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution* ».

[2351] C. Constit., n° 2010-77 QPC du 10 décembre 2010, *Mme Barta Z. (Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité)*, JO du 11 décembre 2010, p. 21711 : « *Considérant, en premier lieu, que la méconnaissance de l'objectif de valeur constitutionnelle de bonne administration de la justice, qui découle des articles 12, 15 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ne peut, en elle-même, être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution* ».

[2352] C. Constit., n° 2011-130 QPC du 20 mai 2011, *Mme Cécile L. et autres (Langues régionales)*, JO du 20 mai 2011, p. 8889.

que « *les langues régionales appartiennent au patrimoine de la France*[2353] », permet aux requérants de considérer que le code n'assure pas une protection efficace et effective de l'enseignement des langues régionales, le Conseil constitutionnel rejette ce moyen en ce que l'article 75-1 ne crée pas un droit ou une liberté susceptible d'être invoqué dans le cadre de la QPC et plus généralement, que cette disposition est conforme aux autres droits et libertés constitutionnellement garantis.

Essayant de clarifier la délimitation des « *droits et libertés* », la doctrine[2354] a très vite considéré, dans les premiers commentaires relatifs à la QPC, que toutes les dispositions constitutionnelles qui règlent l'organisation et le fonctionnement des pouvoirs publics[2355] ne font pas partie de la catégorie des droits et libertés des citoyens[2356]. Cela signifie que seuls les droits et libertés substantiels des citoyens peuvent être considérés comme un droit ou une liberté[2357]. Sur ce point néanmoins, la doctrine[2358] s'est interrogée s'agissant des règles qui certes déterminent la compétence du législateur, mais lui permettent également de déterminer les garanties fondamentales en matière de droits accordés aux citoyens[2359].
Toutefois, dès la décision « *SNC Kimberly Clark*[2360] » du 18 juin 2010, le Conseil constitutionnel relève que si, sur la base de l'article 34[2361] le législateur est chargé de règlementer le droit de consentir à l'impôt, droit déduit de l'article 14 de la Déclaration des droits de l'homme, les dispositions de l'article 34 « *n'instituent pas un droit ou une liberté qui puisse être invoqué (...) à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité sur le*

[2353] Sur ce nouvel article 75-1, voir C. Lavialle, « Du nominalisme juridique. Le nouvel article 751 de la Constitution du 4 octobre 1958 », *RFDA*, 2008, p. 1110 ; C. Le Bris, « Les Langues régionales dans la Constitution », *RDP*, 2009, p. 787 ; L. Malo, « Les langues régionales dans la Constitution française : à nouvelles donnes, nouvelles réponses ? », *RFDC*, 2011, n° 85, p. 69.
[2354] Voir not., sur cette question, D. Rousseau (Dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité*, Paris, Lextenso, 2010, p. 56 et suiv. ; D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, 9e éd., Paris, Montchrestien, 2010, p. 249 et suiv. ; A. Levade, « Les dispositions susceptibles d'être contestées », *in La question prioritaire de constitutionnalité. Premier bilan et perspective*, Actes du premier colloque de la semaine juridique, *JCPG*, 29 novembre 2010, p. 24.
[2355] Voir sur ce point, C. Maugüe, J-H. Stahl, *La question prioritaire de constitutionnalité*, *op. cit.*, p. 139.
[2356] Voir not., L. Philip, « Jurisprudence du Conseil constitutionnel, Août 2009-juillet 2010 », *RFDC*, 2010, n° 4, p. 824. M. le Professeur Philip évoque, sur ce point, le droit d'amendement ou le temps de parole des parlementaires ; G. Drago, « Le nouveau visage du contentieux constitutionnel », *RFDC*, 2010, p. 751.
[2357] Voir B. Mathieu, « La question de constitutionnalité, Quelles lois ? Quels droits fondamentaux ? », *LPA*, 25 juin 2009, p. 18.
[2358] Voir not., G. Drago, « La défense de la Constitution à regret. Principe et modalités de la question préjudicielle de constitutionnalité selon l'article 61-1 de la Constitution et le projet de loi organique », *in* Institut Louis Favoreu (Dir.), *Contrôle de constitutionnalité par voie préjudicielle*, Aix-en-Provence, PUAM, 2009, p. 47 ; G. Drago, « Le nouveau visage du contentieux constitutionnel », *op. cit.*, p. 751.
[2359] Voir L. Philip, *Jurisprudence du Conseil constitutionnel, Août 2009- juillet 2010, op.cit.*
[2360] C. Constit., n° 2010-5 QPC du 18 juin 2010, *SNC KIMBERLY CLARK (Incompétence négative en matière fiscale)*, JO du 19 juin 2010, p. 11149.
[2361] Aux termes duquel, « *la loi fixe les règles concernant (...) l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement de toute nature* ».

fondement de l'article 61-1 de la Constitution[2362] ». D'ailleurs, les conclusions du Rapporteur public à l'occasion de l'arrêt du Conseil d'Etat avant transmission au Conseil constitutionnel, sont éclairantes[2363]. En effet, il considère qu'en soumettant la QPC à la condition de contester un droit ou une liberté, le « *législateur constituant* » n'a pas voulu étendre le contrôle *a posteriori* des lois, à ce que M. Bouchet appelle « *la constitutionnalité externe*[2364] », c'est-à-dire l'ensemble des aspects qui concernent la procédure d'adoption des lois. Ainsi, les règles de répartition des compétences entre le Gouvernement et le Parlement garanties par le Constitution s'inscrivent dans ce que le Rapporteur dénomme « *l'une des expressions essentielles du caractère démocratique d'un régime politique*[2365] » et non dans les droits subjectifs des citoyens.

Enfin, les droits et libertés concernés par la procédure de QPC ne sauraient être étendus aux dispositions contenues au sein des engagements internationaux. Dans une décision du 22 juillet 2010, le Conseil constitutionnel considère que l'incompatibilité entre une loi et un engagement international n'équivaut pas à un grief d'inconstitutionnalité de cette même loi et qu'il ne lui revient pas d'examiner un tel moyen dans le cadre de la procédure de question prioritaire de constitutionnalité[2366].

En creux, et pour terminer sur cette question, la question prioritaire de constitutionnalité interroge de nouveau le débat sur une éventuelle hiérarchie entre les normes de valeur constitutionnelle notamment depuis que le commentaire aux *Cahiers* lors d'une décision QPC du 12 juillet 2010 évoque l'existence de dispositions constitutionnelles « *dotée d'une très faible valeur normative*[2367] ».

[2362] C. Constit., n° 2010-5 QPC du 18 juin 2010, *SNC KIMBERLY CLARK (Incompétence négative en matière fiscale), op.cit.* ; s'agissant du consentement à l'impôt, voir, également, C. Constit., n° 2010-19/ 27 QPC du 30 juillet 2010, *Epoux P. et autres (Perquisitions fiscales)*, JO du 31 juillet 2010, p. 14202.
[2363] Voir J. Boucher, « L'incompétence négative du législateur », *RFDA*, 2010, p. 704.
[2364] *Ibid.*
[2365] *Ibid.*
[2366] C. Constit., n° 2010-4/ 17 QPC du 22 juillet 2010, *M. Alain C. et autre (Indemnité temporaire de retraite outre- mer)*, JO du 23 juillet 2010, p. 13615.
[2367] Voir le commentaire de la décision n° 2010-12 QPC du 12 juillet 2010, *Commune de Dunkerque*, disponible sur le site du Conseil constitutionnel à l'adresse suivante :
http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/201012QPCccc_12qpc.pdf

B/ L'accroissement des outils qui permettent une bonne compréhension et la médiatisation des décisions du Conseil constitutionnel

A l'occasion de la publication d'un article en 2005 intitulé « *le Conseil constitutionnel et la transparence juridique*[2368] », le service juridique du Conseil constitutionnel considère que « *le Conseil constitutionnel contribue à la « transparence du discours juridique », en imposant au législateur le respect de certaines exigences qu'il s'applique aussi à lui-même*[2369] ». Plus précisément, les exigences de transparence concernent, pour le service juridique, les décicions du Conseil constitutionnel proprement dites[2370] et l'ensemble des moyens par lesquels le Conseil s'efforce de faciliter la compréhension et garantir la diffusion de sa jurisprudence[2371].

D'une façon générale, à côté des recueils traditionnels qui abritent les décisions et les revues juridiques qui les reproduisent ou qui fournissent des commentaires doctrinaux, chaque ordre de juridiction dispose aujourd'hui d'un site internet[2372] riche et qui valorise assez largement les décisions, ainsi que tous les outils nécessaires pour bien comprendre leurs activités.
S'agissant précisément du Conseil constitutionnel, son site internet contient entre autres, des entrées sur l'institution en tant que telle - ses membres, ses règles de fonctionnement et l'ensemble des textes qui organisent le Conseil constitutionnel -, des « *dossiers thématiques*[2373] » qui s'intéressent à un certain nombre de thèmes d'actualité[2374] et surtout,

---

[2368] Voir service du Conseil constitutionnel, *Le Conseil constitutionnel et la transparence juridique*, disponible sur le site du Conseil constitutionnel à l'adresse suivante : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/transpjuridique.pdf
[2369] *Ibid.*
[2370] En ce qui concerne la lisibilité des décisions juridictionnelles, qui n'est pas abordée dans le cadre du présent propos, il est souligné que la structure sur la base de considérants, et ce sont les termes utilisés par le service du Conseil constitutionnel, « *favorise la rigueur du raisonnement et l'expression de la pensée* ». Par ailleurs, l'article relève que l'organisation nouvelle, d'un point de vue formel, des réserves d'interprétation favorise une connaissance précise de la part du législateur de la portée de la décision du Conseil constitutionnel. *Ibid*.
[2371] En ce sens, le Professeur Guy Carcassonne oppose l'« *intelligibilité intrinsèque*» qui renvoie à la connaissance des décisions en tant que telles et l'« *intelligibilité extrinsèque*», permettant toujours de connaître la jurisprudence mais cette fois, au travers d'autres moyens que l'accès à la seule décision. Voir G. Carcassonne, « L'intelligibilité des décisions du Conseil constitutionnel », *in La qualité des décisions de justice*, Strasbourg, Editions du Conseil de l'Europe, 2008, p. 139.
Pour un autre exemple sur cet aspect, M. Piazzon qui a consacré sa thèse de doctorat à la sécurité juridique distingue « *l'accès matériel* » à la règle de droit et « *l'accès intellectuel* ». Voir, T. Piazzon, th., *La sécurité juridique*, Paris, Lextenso, 2009, p. 18- 19.
[2372] On pense notamment, aux sites internet du Conseil d'Etat (http://www.conseil-etat.fr/cde/) et celui de la Cour de cassation (http://www.courdecassation.fr/).
[2373] Disponibles à l'adresse suivante :
http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/documentation/dossiers-thematiques/les-dossiers-thematiques-du-conseil-constitutionnel.17417.html
[2374] On trouve, par exemple, un dossier relatif à « *la Constitution* », « *les élections présidentielles* » ou « *le référendum sous la Ve République* ».

une entrée « *contributions et discours*[2375] », où est répertorié l'ensemble des interventions lors de manifestations diverses et des articles publiés par les membres du Conseil constitutionnel ou son Secrétaire général.

Parallèlement, depuis 1996, le Conseil constitutionnel publie une revue interne, *les Cahiers du Conseil constitutionnel*[2376], dont le but vise principalement à faire connaître le Conseil constitutionnel auprès du public et à rendre transparentes ses méthodes de jugement ou l'explication de ses positions au fond. En ce sens, l'éditorial rédigé dans le premier numéro de 1996[2377] par M. Dumas, alors président du Conseil constitutionnel, souligne les motivations qui ont conduit à la création de cette revue. Ainsi, relève M. Dumas, il s'agit de « *mieux faire connaître l'institution (...) dans la diversité concrète de ses activités, de la rendre plus transparente dans son organisation et son fonctionnement*[2378] ». En pratique, l'objectif est de mettre en valeur l'institution « *dans sa vie interne* », c'est-à-dire de fournir « *une approche plus complète de la façon dont la jurisprudence se construit, dans sa continuité, décision après décision*[2379] ».

Enfin, d'autres initiatives plus circonstancielles ont également vu le jour afin de garantir la transparence des activités du Conseil constitutionnel. Pour ne prendre qu'un exemple, depuis la récente loi organique du 15 juillet 2008 modifiant l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel[2380], il est désormais possible d'avoir accès aux archives du Conseil constitutionnel dans un délai de vingt-cinq ans. Soumettant les archives du Conseil constitutionnel au même statut que l'ensemble des archives publiques, cette loi permet surtout la diffusion des délibérations du Conseil, dont la récente publication des « *grandes délibérations du Conseil constitutionnel* » pour la période 1958-1983[2381] en est l'illustration.

[2375] Cette entrée est disponible à l'adresse suivante :
http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/documentation/contributions-et-discours/contributions-et-discours.96537.html

[2376] Publiés en format papier, « *les cahiers du Conseil constitutionnel* » sont également disponibles en format numérique sur le site du Conseil constitutionnel à l'adresse suivante :
http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/les-nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel.5069.html

[2377] Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 1, 1996, p. 3.

[2378] Voir R. Dumas, « Editorial », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 1996, n° 1, p. 3.

[2379] *Ibid.*

[2380] Voir loi organique n° 2008-695 du 15 juillet 2008 relative aux archives du Conseil constitutionnel, JO du 16 juillet 2008, p. 11322.

[2381] B. Mathieu, J-P. Machelon, F. Mélin-Soucramanien, D. Rousseau, X. Philippe (Dir.), *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel*, 1958-1983, Paris, Dalloz, 2009, 473 p.

Ainsi, épaulée d'un site extrêmement complet et d'une revue propre, la médiatisation des activités du Conseil constitutionnel est largement remplie. De surcroît sur internet, à propos cette fois de l'activité contentieuse proprement dite, chaque décision du Conseil est accompagnée de nombreux outils susceptibles de favoriser une bonne compréhension de la décision ainsi l'ensemble des éléments juridiques qui permettent de la replacer dans son environnement global. Notamment, on trouve le plus souvent à côté de la décision, le communiqué de presse, la ou les saisines dans le cadre du contrôle *a priori* et plus récemment, un dossier documentaire qui contient les normes soumises au contrôle du Conseil ou la jurisprudence sur le même thème, les références aux articles doctrinaux qui ont analysé la décision et les « *commentaires aux Cahiers* » qui permettent d'expliquer le sens de la position retenue par le Conseil constitutionnel. D'ailleurs, le rapprochement entre la décision rendue par le Conseil constitutionnel et les commentaires aux *Cahiers* démontre parfois un écart sensible entre l'analyse de la décision et la décision elle-même. Cet aspect peut paraître regrettable et le Professeur Frédéric Rolin considère qu'au lieu de compléter l'analyse d'une décision par les commentaires disponibles à propos de chaque espèce, le juge devrait davantage motiver ses positions[2382].

Pour ne prendre qu'un exemple sur ce dernier point, dans la décision du Conseil constitutionnel du 2 juillet 2010, « *Commune de Dunkerque*[2383] », la commune requérante soutient[2384] que la décision adoptée par référendum par une partie des habitants de communes visant une fusion, méconnaîtrait le principe de souveraineté nationale dans la mesure où seule une section du peuple détient le pouvoir de décision de procéder à une fusion et porte également atteinte à la libre administration des collectivités territoriales.
Pour ces deux derniers moyens, le Conseil constitutionnel se contente, de façon elliptique, de considérer que la décision de procéder à une fusion « *ne constitue pas un acte portant atteinte*

[2382] Voir F. Rolin, « Pour un « discours sur la méthode » du contrôle de constitutionnalité par voie d'exception », *AJDA*, 2010, p. 2384 : « *Il est vrai que le silence du juge et de la décision est suppléé par une explication fournie par le « commentaire aux cahiers du Conseil constitutionnel. » Cela ne fait toutefois qu'ajouter un nouveau chef de critique. Car ce commentaire, on ne le dira jamais assez, n'est pas, ne peut pas et ne doit pas être l'auxiliaire permettant de pallier l'insuffisante motivation des décisions du Conseil constitutionnel. Si le juge veut dire quelque chose, qu'il le dise, si la motivation des décisions de justice a besoin d'être précisée, qu'elle soit davantage motivée. Mais il est en revanche hors d'atteinte de qui que ce soit et même de la doctrine autorisée, genre dont relèvent les « commentaires aux cahiers », de dire en lieu et place du juge ce que le juge doit dire ou ce qu'il a voulu dire* ».
[2383] C. Constit., n° 2010-12 QPC du 2 juillet 2010, *Commune de Dunkerque (Fusion de communes)*, JO du 3 juillet 2010, p. 12121.
[2384] Pour les autres moyens, voir *Supra*.

à la libre administration des collectivités territoriales[2385] », pas davantage qu'elle « *ne met en cause ni la définition de la souveraineté nationale ni les conditions de son exercice*[2386] ». Pourtant, en parcourant le commentaire aux *Cahiers du Conseil constitutionnel*[2387] à propos de cette décision, les éléments d'explication sur ces deux derniers moyens sont abondamment commentés par un rappel de la jurisprudence du Conseil constitutionnel en la matière, l'explication de la position et le raisonnement suivis par le juge, au point d'ailleurs, d'indiquer dans quelles conditions le moyen soulevé par la commune requérante aurait pu être accueilli[2388]. En particulier, à propos du principe de libre administration[2389], le commentaire rend compte de l'acception du terme « *d'organisation des compétences des collectivités des territoriales*[2390] » dans la mesure où la libre administration n'implique pas que les collectivités soient compétentes dans la détermination de leur organisation propre. Ainsi, s'il n'existe « *aucun principe d'auto-organisation des collectivités territoriales*[2391] », l'organisation d'une collectivité territoriale comprend « *les dispositions relatives au nom et au territoire de la collectivité, à la composition, au fonctionnement et aux attributions de ses organes, ainsi qu'au régime juridique de leurs actes*[2392] ».

Enfin, et pour terminer sur cet aspect, il ne fait aucun doute que la nouvelle procédure de question prioritaire de constitutionnalité, qui dispose d'un lien autonome[2393] sur le site du Conseil, contribue à accroître encore les initiatives qui vont dans le sens d'une diffusion de la jurisprudence du Conseil constitutionnel[2394]. D'ores et déjà, afin de guider les citoyens, leurs conseils[2395] et l'ensemble des magistrats impliqués dans la procédure de QPC, le Conseil

---

[2385] C. Constit., n° 2010-12 QPC du 2 juillet 2010, *op. cit.*
[2386] *Ibid.*
[2387] Voir Commentaire de la décision n° 2010-12 QPC du 2 juillet 2010, *Commune de Dunkerque*, *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 30, disponible sur le site du Conseil constitutionnel à l'adresse suivante : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/201012QPCccc_12qpc.pdf
[2388] *Ibid.* : « *Ce grief aurait pu être fondé si la décision de fusion appartenait à chaque commune appelée à fusionner et était confiée par la loi aux électeurs en lieu et place des « conseils élus » prévus par l'article 72 de la Constitution. En effet, seule une loi organique peut, en vertu du deuxième alinéa de l'article 72-1 de la Constitution, fixer les conditions dans lesquelles « les projets de délibération ou d'acte relevant de la compétence d'une collectivité territoriale peuvent, à son initiative, être soumis, par la voie du référendum, à la décision des électeurs de cette collectivité* » ».
[2389] Voir également, M. Verpeaux, « Question prioritaire de constitutionnalité et libre administration des collectivités territoriales », *AJDA*, 2010, p. 1594.
[2390] Voir Commentaire de la décision n° 2010-12 QPC du 2 juillet 2010, *op. cit.*
[2391] *Ibid.*
[2392] *Ibid.*
[2393]http://www.conseil-constitutionnel.fr.
[2394] Le fait que les audiences soient filmées et disponibles à propos de chaque décision QPC est à cet égard, très significatif.
[2395]Comme le relève à juste titre M. Renaudie, « *les avocats et les magistrats manipulent assez peu le droit constitutionnel et s'interrogent peu sur la constitutionnalité des lois* (…) *Et pour écrire les choses plus*

constitutionnel a décidé d'éditer un ouvrage qui recense la jurisprudence constitutionnelle de 1959 à 2008 et une analyse de chaque décision, ouvrage qui a même été rassemblé au sein d'un CD Rom envoyé à l'ensemble des avocats de France[2396].

Il a également publié sur son site internet un tableau qui permet de visualiser les dispositions législatives qui ont pu être déclarées conformes à la Constitution par le Conseil. Intitulé « *Répertoire des dispositions déclarées conformes à la Constitution*[2397] », le tableau fait apparaître toutes les dispositions qui ont été jugées conformes à la Constitution et cite la décision concernée.

Section 2/ Le renouvellement des principes institutionnels à partir de la jurisprudence du Conseil constitutionnel ?

Eloigné d'une science de l'Etat et des principes généraux relatifs à l'organisation et au fonctionnement des pouvoirs publics, le droit constitutionnel s'intéresse beaucoup plus aujourd'hui à la protection juridique effective des droits et libertés des citoyens.

Sur ce point, s'il s'agit le plus souvent, en doctrine, de se contenter d'une analyse de la jurisprudence sans prétention théorique[2398], certains auteurs néanmoins, s'efforcent de dépasser l'étude analytique dans le sens d'une reconsidération générale des grands principes généraux du droit constitutionnel. Sans prétendre à l'exhaustivité, on doit notamment au Professeur Rousseau d'avoir proposé les jalons qui permettent une reconsidération théorique de la notion de « *démocratie* » depuis la création de la justice constitutionnelle (§1). Par ailleurs, s'agissant toujours de l'appréhension des principes institutionnels, d'autres auteurs, à partir de la jurisprudence constitutionnelle proprement dite, s'attachent à les reconsidérer dans leur réalité positive et contentieuse

---

simplement, le droit constitutionnel n'est bien souvent qu'un souvenir d'université ». Voir V. Renaudie, « La question prioritaire de constitutionalité : du palais de justice de Brive-la -Gaillarde et du tribunal administratif de Limoges au Palais Royal », *Gazette du Palais*, 23 mars 2010, n° 82, p. 10.

[2396] Voir l'allocution de M. Debré le lundi 5 octobre 2009 à l'occasion de la présentation aux bâtonniers de l'ouvrage et du CD Rom, disponible sur le site Internet du Conseil constitutionnel à l'entrée « *discours et interventions* » : http://www.conseilconstitutionnel.fr.

[2397] Voir le tableau disponible sur le site du Conseil constitutionnel à l'adresse suivante :http://www.conseil-constitutionnel.fr.

[2398] Un exemple, sur ce point, est éclairant. En consultant le sommaire de la *Revue française de droit constitutionnel* des différents numéros parus pour l'année 2011, notamment les numéros 85, 86 et 87, on est frappé par la place qu'occupe la rubrique « *Etudes* » par rapport à la rubrique « *Chroniques* ». Précisément, Cette dernière rubrique, composée à titre principal de chroniques de jurisprudence, occupe une place de plus en plus importante et enrichie.

§1/ Du dépassement de la « démocratie représentative » vers la « démocratie par la constitution », un exemple de principe renouvelé sous l'effet de la jurisprudence

Initialement, le fonctionnement des institutions implique une identification totale des gouvernants et des gouvernés et l'organisation des règles d'encadrement du pouvoir au sein de la Constitution représente la matérialisation de la liberté politique des individus. Aujourd'hui au contraire, il est acquis, avec le développement substantiel de la jurisprudence constitutionnelle, que c'est dans la défense des droits autonomes des individus face à l'exercice du pouvoir, que les garanties de l'Etat libéral sont pleinement remplies. Le droit constitutionnel, droit originel de l'organisation des pouvoirs publics, devient alors le droit des libertés du citoyen.

Surtout, une telle évolution interroge le sens de la démocratie dans le sens de la compatibilité entre la démocratie représentative, on pourrait dire classique, et la création d'une justice constitutionnelle, compétente pour écarter une loi, expression de la volonté générale, contraire à la Constitution. Pour cette raison, si la doctrine a toujours considéré le principe de la représentation comme un instrument essentiel à la réalisation de la liberté politique (A), on doit au Professeur Rousseau d'avoir proposé une acception nouvelle de la démocratie qui lève toute forme de contradiction entre la technique de la représentation et la justice constitutionnelle. Envisagée comme le terme d'un processus évolutif et continu, la « *démocratie par la constitution* » conceptualisée par le Professeur Rousseau, constitue un exemple pertinent de principe adapté aux mutations provoquées par l'existence d'une justice constitutionnelle (B).

A/ Une tradition d'identification entre gouvernants et gouvernés : la démocratie représentative permet de garantir la liberté politique des citoyens

Traditionnellement, c'est-à-dire avant la création d'une justice constitutionnelle, la limite effective à l'exercice du pouvoir est dans la Constitution elle-même dès lors qu'elle est chargée d'organiser les institutions et de prévoir leurs règles de fonctionnement. Autrement dit, la liberté des citoyens s'obtient par la médiation d'un pouvoir encadré par le droit et donc tempéré. En pratique, parmi les institutions essentielles à la réalisation de la liberté politique, la doctrine a toujours considéré le principe de représentation, comme une technique essentielle.

Héritée de la fin du XVIIIe siècle qui voit apparaître les premières constitutions écrites en France et aux Etats-Unis[2399], le constitutionnalisme écrit véhicule l'idée selon laquelle tout Etat doté d'une Constitution est un régime libéral dès lors qu'il enferme le pouvoir des institutions politiques dans des limites strictes. Plus précisément, par son existence même, la Constitution s'oppose à l'arbitraire[2400] en ce qu'elle définit un Etat de droit où n'est possible que ce qui est conforme aux règles qu'elle impose[2401].

Techniquement, c'est la Nation seule[2402], parfois par l'intermédiaire de représentants, qui acquiert la compétence légitime pour organiser la société politique. En ce sens, la Constitution est présumée libérale puisqu'elle consacre des institutions - des pouvoirs constitués - imaginées par la Nation dans le but d'assurer la préservation de ses droits : c'est par elle qu'est assurée la conciliation entre l'exercice du pouvoir et la préservation des libertés individuelles[2403].

Ainsi, la question du respect des prescriptions constitutionnelles par les pouvoirs publics, ne se pose pas véritablement et la doctrine classique relaie cette théorie du libéralisme

---

[2399] Respectivement en 1791 et 1787.

[2400] Les règles contenues dans la Constitution sont supposées contraignantes dans la mesure où l'on est convaincu que la seule proclamation suffit pour que les gouvernants s'y soumettent. Historiquement la distinction gouvernés/ gouvernants suppose que les premiers imposent à l'usage des seconds, des règles et un statut qui leurs sont extérieurs. Sur ce point, Sièyes montre, au-delà de la détermination des règles statutaires, que la constitution a également pour but de contraindre les pouvoirs publics au respect des voies qui organisent son fonctionnement. Précisément, il considère, au terme de la description du processus constituant, qu'on « *sent donc la double nécessité de soumettre le Gouvernement à des formes certaines, soit intérieures, soit extérieures, qui garantissent son aptitude à la fin pour laquelle il est établi, et son impuissance à s'en écarter* ». Voir E. Sieyès, *Qu'est-ce-que le Tiers Etat ?*, (1822), Paris, Flammarion, 2002, p. 84 et suiv. Voir spéc., p. 86 : « *Le gouvernement n'exerce un pouvoir réel qu'autant qu'il est constitutionnel ; il n'est légal qu'autant qu'il est fidèle aux lois qui lui ont été imposées* ».

[2401] Voir, sur ce point, O. Beaud, « Constitution et constitutionnalisme », *in* Ph. Raynaud, S. Rials (Dir.), Dictionnaire de philosophie politique, 3e éd., Paris, PUF, 2003, p. 133 : « *selon le constitutionnalisme, qui vise à défendre la liberté individuelle au moyen de la constitution, toute constitution est juste, ou, pour s'exprimer dans un vocabulaire de la politique moderne, est libérale, c'est-à-dire qu'elle reconnaît les principes suprapositifs, les droits de l'homme et la séparation des pouvoirs, destinés à fixer des bornes au pouvoir* ».

[2402] Voir , E. Sieyès, *Qu'est-ce-que le Tiers-Etat ?, op. cit.*, Chapitre V, p. 81 : « *Dans toute nation libre, et toute nation doit être libre, il n'y a qu'une manière de terminer les différents qui s'élèvent touchant la constitution. Ce n'est pas à des notables qu'il faut avoir recours, c'est à la nation elle- même. Si nous manquons de constitution, il faut en faire une ; la nation seule en a le droit* ».

[2403]Voir par exemple le Préambule de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « *Les Représentants du Peuple Français, constitués en Assemblée Nationale, (...), ont résolu d'exposer dans une Déclaration solennelle, les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'Homme, afin que cette Déclaration, constamment présente à tous les membres du corps social, leur rappelle sans cesse leurs droits et leurs devoirs ; afin que leurs actes du pouvoir législatif, et ceux du pouvoir exécutif, pouvant être à chaque instant comparés avec le but de toute institution politique, en soient plus respectés (...)* » ou l'article 2 de cette même Déclaration selon lequel « *le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme* (…) » Dans le même sens, on peut encore se reporter à la Déclaration des droits de Virginie de 1776 qui proclame la « *Déclaration des droits qui doivent nous appartenir, à nous et à notre postérité, et qui doivent être regardés comme le fondement et la base du gouvernement* ».

constitutionnel. Pour ne prendre qu'un exemple, lorsqu'Adhémar Esmein[2404] entreprend de présenter les institutions consacrées au sein des ordres constitutionnels des « *peuples libres d'Occident*[2405] », il s'agit de montrer quelles sont les règles d'organisation et de fonctionnement des pouvoirs publics qui sont susceptibles de limiter le pouvoir et par voie de conséquence, de préserver la liberté des citoyens. En d'autres termes, c'est, à la fin du XIXe siècle et dans une bonne partie du XXe siècle, dans la fixation de limites à l'exercice du pouvoir que la liberté politique apparaît. Plus précisément, pour Esmein, les constitutions « *qui ont la liberté politique pour objet direct*[2406] » sont celles qui consacrent la souveraineté nationale ou au sein des monarchies, celles qui pratiquent le gouvernement parlementaire[2407].

Par extension, dans son chapitre relatif à la « *théorie des constitutions écrites*[2408] » contenu dans les *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, Esmein considère que pour s'assurer du respect de la constitution, il n'est pas besoin d'instaurer une quelconque sanction. Les caractéristiques du processus constituant - par opposition à celui d'adoption des lois ordinaires -, suffisent pour soumettre les pouvoirs publics et pour présumer qu'une violation de la constitution n'est pas possible en pratique[2409].

Dès lors et pour synthétiser, la Constitution, en prévoyant les règles d'organisation et de fonctionnement de l'Etat - son statut -, garantit, par là-même, la liberté politique des citoyens[2410]. S'agissant, alors, de la nature de la Constitution, celle-ci correspond strictement au statut de l'Etat, elle est « *la chose du politique* » pour reprendre les termes du Professeur Dominique Rousseau[2411]. C'est donc au travers de la « *Constitution/ statut de l'Etat* » que la traduction comme la réalisation de la liberté politique sont pleinement réalisées.

[2404] A. Esmein, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, 8e éd., Paris, Sirey, 1927, 2 vol.

[2405] *Ibid.*, Préface à la première édition.

[2406] *Ibid.*, Préface à la deuxième édition, p. XXIV.

[2407] Ce sont six aménagements constitutionnels qui sont présentés par Esmein : le système représentatif, la dualité des chambres, le régime parlementaire, la souveraineté nationale, la séparation des pouvoirs et la théorie des droits individuels. *Ibid.*, Préface à la sixième édition, p. XXXII.

[2408] *Ibid.*, p. 626.

[2409] *Ibid.* : « *Les lois constitutionnelles ne s'imposent pas seulement au législateur ordinaire, en ce sens qu'il ne saurait les modifier : elles peuvent aussi restreindre ses pouvoirs dans le domaine législatif lui-même ; elles peuvent lui interdire de légiférer sur certains objets ou dans un certain sens ; c'est sur cette idée que repose, nous le savons, la garantie constitutionnelle des droits individuels. Mais comment sera assuré l'effet de semblables prescriptions ? La défense de toucher aux lois constitutionnelles n'a presque besoin d'aucune sanction : l'intervention d'une assemblée spéciale, la nécessité de formes particulières pour l'exercice du pouvoir constituant, suffisent par elles- mêmes pour empêcher l'empiètement du simple pouvoir législatif* ».

[2410] Voir sur ce point, D. Rousseau, « Une résurrection : la notion de Constitution », *RDP*, 1990, p. 7 : « *si les constitutionnalistes se divisaient sur les vertus et les vices respectifs du régime parlementaire et du régime présidentiel, tous s'accordaient sur le postulat que la liberté dépendait de l'organisation constitutionnelle des rapports entre les pouvoirs publics* ».

[2411] Voir D. Rousseau, « Prolégomènes à l'étude de l'identité constitutionnelle », *in* R. Ben Achour (Dir.), *Le droit constitutionnel normatif. Développements récents*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 27 : « *Pour aller vite,*

En pratique et de façon plus particulière, l'institution, par la constitution, du principe de représentation est considérée par la doctrine, comme permettant de garantir la liberté politique. En effet, la doctrine considère que l'idéal démocratique se réalise jusqu'à l'institution de la justice constitutionnelle, dans le principe de représentation politique comme moyen de légitimation du pouvoir. Pour cette raison, Georges Vedel définit la démocratie comme « *l'identification maximale des gouvernés et des gouvernants*[2412] » et avant lui, Maurice Hauriou va encore plus loin, en considérant dans son *Précis élémentaire de droit constitutionnel*[2413], qu'il y a « *comme élément de la liberté politique moderne, une première assise qui est le gouvernement représentatif*[2414] ».

Sur ce point, c'est sans doute Adhémar Esmein qui s'est efforcé de démontrer avec le plus de rigueur, que le principe de la représentation constitue l'un des instruments essentiels à la garantie de la liberté politique[2415] et que rapproché de la démocratie directe, il s'agit du meilleur aménagement à l'exercice libéral du pouvoir[2416]. Pour reprendre les termes utilisés par Esmein, cette forme d'organisation du pouvoir politique représente l'un des principes constitutionnels « *des peuples libres d'Occident*[2417] » et « *il apparaît encore à beaucoup d'esprits comme la combinaison la plus ingénieuse et la plus sûre qu'aient inventée les hommes pour organiser la liberté politique*[2418] ».

Par conséquent, la technique de la représentation, en ce qu'elle confie à des représentants politique le soin de traduire la volonté du peuple souverain au travers des lois, représente une règle essentielle au fonctionnement du régime démocratique. Nénamoins, dès lors qu'est instituée la justice constitutionnelle, une contradiction apparaît. Précisément, si le Conseil constitutionnel dans sa mission de contrôler la conformité des lois à la Constitution, s'assure que ces lois respectent les droits et libertés des citoyens, la logique de la démocratie

---

jusqu'à ce nouveau droit constitutionnel, la Constitution c'était la chose des politiques. Aujourd'hui, la Constitution devient la chose des citoyens ».

[2412] G. Vedel, « Préface », *in* D. Rousseau (Dir.), *La démocratie continue*, Paris, LGDJ, 1995, p. VI. Il ajoute, néanmoins, « *Elle était sans doute incomplète puisqu'elle négligeait l'autre face du principe démocratique : celle des droits de l'homme qui consiste à soustraire aux gouvernants – fûssent- ils très largement identifiés aux gouvernés – des espaces de liberté qui, précisément, ne relèvent pas d'un commandement extérieur* ».

[2413] M. Hauriou, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, 4e éd., Paris, Sirey, 336 p.

[2414] *Ibid.*, p. 43.

[2415] Pour une analyse détaillée de la pensée d'Esmein sur le principe de représentation, voir *Supra*., 1re Partie, Titre 1er, Chapitre 1er.

[2416] A. Esmein, « Deux formes de gouvernement », *RDP*, 1894, p. 15. Voir par ailleurs l'analyse de M. Pinon sur ce point : S. Pinon, « Regard critique sur les leçons d'un maître du droit constitutionnel. Le cas Adhémar Esmein (1848- 1913*)* », *RDP*, 2007, n°1, p. 193.
Voir, par ailleurs, 1re partie, chapitre 1er.

[2417] Voir sur ce point, A. Le Divellec, « Adhémar Esmein et les théories du gouvernement parlementaire », *in* S. Pinon, P-H. Prélot (Dir.), *Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein*, Paris, Montchrestien, 2009, p. 149 et suiv.

[2418] Voir A. Esmein, « Deux formes de gouvernement », *op. cit.*, p. 18.

représentative suppose que la loi correspond à l'expression de la volonté générale et ne peut de ce fait, être considérée comme contraire à l'intérêt de l'ensemble des citoyens[2419]. De surcroît, la légitimité du juge constitutionnel, organe non élu, semble relative à côté de celle des représentants du peuple, élus au suffrage universel et chargés d'adopter des lois dans l'intérêt général.

Si l'apport du Conseil constitutionnel dans la protection continue des droits et libertés suffit pour lever au moins partiellement cette contradiction, certains auteurs, de façon plus conceptuelle, se sont efforcés de démontrer qu'il n'existe en réalité aucune contradiction entre la démocratie et la justice constitutionnelle.

B/ La « démocratie par la constitution », l'autonomie des citoyens par rapport aux institutions politiques dans la garantie des droits et libertés

En contribuant de façon constante et continue à protéger la partie relative aux droits et libertés et, au travers d'une interprétation constructive, à découvrir de nouveaux droits ou applications particulières des droits constitutionnellement consacrés[2420], le Conseil constitutionnel contribue à orienter la doctrine vers l'étude de la protection contentieuse des droits et libertés et à délaisser en contrepartie, les enjeux institutionnels[2421]. C'est dire, qu'à la Constitution

[2419] Sur ces questions, voir Ph. Blachèr, *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale*, th., Paris, PUF, 2001, 246 p.

[2420] Sur ce point, de nombreux droits sont protégés par le juge même s'ils ne sont pas consacrés de façon explicite au sein de la Constitution. Sans prétendre à l'exhaustivité et pour ne prendre que quelques exemples, le Conseil a érigé le « *principe de dignité de la personne humaine*» au rang de principe de valeur constitutionnelle sur la base du Préambule de la Constitution de 1946 (C. Constit., n° 94-343/ 344 DC du 27 juillet 1994, *Bioéthique*, Rec., p. 100) et toujours à partir du Préambule de 1946, un objectif de valeur constitutionnelle qui offre « *la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent* » (C. Constit., n° 94-359 DC du 19 janvier 1995, *Loi relative à la diversité de l'habitat*, Rec., p. 176. Voir plus récemment, C. Constit., n° 98-403 DC du 29 juillet 1998, *Loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions*, Rec., p. 276). A partir de la Déclaration des droits de l'homme de 1789, le juge a par ailleurs déduit le principe constitutionnel de « *la liberté d'entreprendre*» (C. Constit., n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, *Loi de nationalisation*, Rec., p. 18) ainsi que celui de la « *liberté contractuelle* » (C. Constit., n° 2000-437 DC du 19 décembre 2000, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2001*, Rec., p. 190). Il a consacré enfin, comme principe fondamental reconnu par les lois de la République, entre autres, « *la liberté d'association* », « *la liberté d'enseignement* », « *l'indépendance de la juridiction administrative* » ou encore plus récemment, celui de la spécificité de la justice des mineurs. (Respectivement, C. Constit., n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, *Loi relative au contrat d'association*, Rec., p. 29 ; C. Constit., n° 77-97 DC du 23 novembre 1977, *Loi relative à la liberté de l'enseignement*, Rec., p. 42 ; C. Constit., n° 80-119 DC du 22 juillet 1980, *Loi portant validation d'actes administratifs*, Rec., p. 46 ; C. Constit., n° 2002-461 DC du 29 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation pour la justice*, Rec., p. 204).

[2421] Caractéristique, sur ce point, est la création d'une nouvelle revue en droit constitutionnel, la Revue « *Constitutions. Revue de droit constitutionnel appliqué* ». Dirigée par les Professeurs Mathieu et Mélin-Soucramanien, cette revue entend contribuer à mettre l'accent sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel et la protection des droits et libertés impliquées par la procédure de question prioritaire de constitutionnalité. Voir en ce sens, B. Mathieu, F. Mélin-Soucramanien, « Editorial », *Constitutions*, 2011, n° 1, p. 1 et suiv.

« *statut de l'Etat*[2422] », la doctrine privilégie, au titre de son objet d'étude, la Constitution « *droits et libertés des citoyens*[2423] ».

En pratique, ces orientations sont intégrées par la doctrine et les manuels notamment, n'hésitent pas aujourd'hui[2424] à consacrer des développements importants sur les droits et libertés. Pour ne prendre que quelques exemples sur ce point, les Professeurs Mathieu et Verpeaux consacrent dans leur manuel *Droit constitutionnel* publié en 2004[2425], un titre relatif aux « *droits fondamentaux* » et relèvent dès l'entame de leur propos, que la place essentielle de ces droits en droit constitutionnel contemporain, permet de considérer « *que le système juridique dans son ensemble se reconstruit autour des droits fondamentaux*[2426] ». De la même façon, le manuel dirigé par Louis Favoreu[2427] accorde une place importante aux « *droits fondamentaux* », au point de consacrer un titre au « *droit constitutionnel des libertés*[2428] ».

Parallèlement, sous l'effet du phénomène identifié par la doctrine comme la « *constitutionnalisation des branches du droit*[2429]», le droit constitutionnel des droits et libertés, non seulement irrigue l'ensemble des disciplines juridiques[2430], mais également, et

---

[2422] Voir sur ce point, D. Rousseau, « Une résurrection : la notion de Constitution », *RDP*, 1990, p. 5.

[2423] Il est communément admis que c'est à partir du moment où le Conseil constitutionnel a reconnu pleine valeur juridique aux dispositions du Préambule de la Constitution, c'est-à-dire à la Déclaration des droits de l'homme de 1789 ainsi qu'au Préambule de la Constitution de 1946, que la Constitution a cessé d'être exclusivement considérée comme organisant le statut de l'Etat, pour privilégier davantage la protection des droits et libertés des citoyens à l'encontre de l'activité des pouvoirs publics. Impliquant alors une remise en cause de la souveraineté de la loi, c'est la relation entre les gouvernants et les gouvernés dans son ensemble, qui est redéfinie. Voir par exemple sur ce point, le récent rapport présidé par Mme Veil sur l'enrichissement, potentiel, du Préambule de la Constitution de nouveaux droits. Voir S. Veil (Dir.), *Redécouvrir le Préambule de la Constitution*, Paris, La Documentation Française, 2009, p. 7 : « ***Longtemps, en effet, la Constitution n'a été envisagée en France que comme l'ensemble des normes juridiques régissant l'organisation des pouvoirs publics et c'est seulement lorsque le Conseil constitutionnel a conféré valeur constitutionnelle aux dispositions de la Déclaration de 1789 et à celles du Préambule de 1946 que les droits et libertés énoncés dans ces textes et réduits jusqu'alors à l'état de demi-sommeil juridique ont fait partie intégrante de la vie de nos concitoyens : la Constitution-charte des droits et libertés s'est alors élevée au niveau de la Constitution-séparation des pouvoirs*** ».

[2424] D'ailleurs, il ne s'agit pas véritablement d'une nouveauté car les manuels publiés au début du XXe siècle consacrent systématiquement des développements sur les droits et libertés. Voir par exemple, A. Esmein, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, 8e éd, Paris, L. Tenin, vol. 1, 1927, p. 577 et suiv. ; L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 2e éd., t. 3, Paris, de Broccard, 1923, p. 556 et suiv.

[2425] Voir B. Mathieu, M. Verpeaux, *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 2004, 874 p.

[2426] *Ibid*., p. 239. A la même époque d'ailleurs, les deux auteurs publient un manuel de contentieux constitutionnel des droits fondamentaux. Voir B. Mathieu, M. Verpeaux, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, 2002, 791 p.

[2427] Voir L. Favoreu et *alii*, *Droit constitutionnel*, 13e éd., Paris, Dalloz, 2010, 1070 p.

[2428] *Ibid.*, p. 865.

[2429] Pour un article récent, sur ces questions, voir A. Vidal-Naquet, « La constitutionnalisation des branches du droit et « l'impérialisme du droit public » », *in* X. Bioy (Dir.), *L'identité du droit public*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2011, p. 89 et suiv.

[2430] En ce sens, le Professeur Rousseau considère qu' « *aucune discipline juridique ne peut aujourd'hui être enseignée sans que soient énoncés les principes constitutionnels qui la fonde* ». Plus précisément, sous l'effet de la jurisprudence, les règles de droit constitutionnel deviennent le réceptacle de l'ensemble des droits et libertés et, en ce sens, concentrent les principes directeurs de la plupart des disciplines juridiques. Ainsi dans le prolongement du rattachement du droit administratif au droit constitutionnel proposé par Georges Vedel dans les

surtout, provoque une sectorisation du droit constitutionnel en sous-branches quasi autonomes. Sur ce dernier point, on trouve par exemple dans la littérature juridique, un ouvrage intitulé « *droit constitutionnel local*[2431] » et au sein des différentes rubriques de la « *Revue française de droit constitutionnel* », les notions de « *droit constitutionnel européen* », « *droit constitutionnel étranger* » ou encore « *droit constitutionnel social* ». De surcroît, compte tenu du fait qu'il est, aujourd'hui, possible de soulever un moyen d'inconstitutionnalité devant toute juridiction administrative, civile ou pénale, par le biais de la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité, le phénomène de constitutionnalisation des branches du droit est, sans aucun doute, amené à s'accroître. Comme le relève, à juste titre, le Professeur Rousseau sur ce point, « *Le droit constitutionnel était le droit de l'Etat, le droit constitutionnel devient maintenant le droit du commun, puisque toute personne peut utiliser la Constitution*[2432] ». En conséquence, les différentes analyses sectorielles des décisions QPC au sein de la doctrine sont intitulées, par exemple, « *Question prioritaire de constitutionnalité et droit social*[2433] » ou « *Question prioritaire de constitutionnalité et droit des collectivités territoriales*[2434] ».

Finalement, il s'ensuit un développement substantiel des droits subjectifs[2435] en droit constitutionnel[2436], une forme de subjectivisation de la discipline[2437]. Analysant ce phénomène

---

années 1950, on pourrait aujourd'hui parler des bases constitutionnelles du droit des collectivités territoriales, du droit pénal, du droit civil ou encore du droit commercial. Voir sur ce dernier point, G. Vedel, « Les bases constitutionnelles du droit administratif », *EDCE*, 1954, n° 8, p. 21 ; plus généralement, voir D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p. 461 et suiv.

[2431] Voir, par exemple, A-M. Le Pourhiet (Dir.), *Droit constitutionnel local*, Paris, Economica, 1999, 426 p.

[2432] D. Rousseau, « La question prioritaire de constitutionnalité. Premier bilan et prospective », *JCPG*, 29 septembre 2010, n° 48, p. 16.

[2433] Voir J-F. Akandji-Kombé, « Question prioritaire de constitutionnalité et droit social. Premier bilan et perspectives », *Revue de droit social*, 2010, p. 628.

[2434] Voir G. Drago, « Question prioritaire de constitutionnalité et droit des collectivités territoriales », *JCPA*, 14 juin 2011, n° 14, p. 2211.

[2435] Pour un typologie des droits reposant sur la distinction entre « *droits subjectifs* » et « *droits objectifs* », voir B. Mathieu, M. Verpeaux, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, 2002, p. 434 et suiv.

[2436] Non évoquée dans le cadre du présent propos, la garantie des droits au niveau international est également de plus en plus effective. S'agissant plus particulièrement de la question des droits de l'homme, l'évolution du droit international implique que l'Etat n'est plus le dépositaire de la garantie des droits et, surtout, que ces droits d'origine extérieure constituent des barrières effectives à son action. Précisément, les citoyens sont, dorénavant, titulaires de droits fondamentaux qui puisent leurs racines dans les textes internationaux et qui sont directement opposables aux pouvoirs publics. Ainsi, un citoyen appartenant à un Etat membre de l'Union européenne se voit appliqué certes le droit de l'Etat, mais également celui de l'Union ou de la Convention européenne des droits de l'homme, voire certaines prescriptions des conventions et traités internationaux. Pour cette raison, on assiste aujourd'hui à une véritable consécration internationale des droits de l'homme.
Sur l'opposabilité des droits aux pouvoirs publics, J. Chevallier, « Propos introductifs », *in* D. Lochak (Dir.), *Mutations de l'Etat et protection des droits de l'homme*, Paris, Presses universitaires de Paris 10, 2006, p. 17.
Voir également, J. Chevallier, *L'Etat post-moderne*, 3e éd., Paris, LGDJ, 2008, p. 116 : « *L'accent mis depuis les années 1980 sur le thème des droits de l'Homme, conçus comme des « droits fondamentaux » a donné une*

il y a une dizaine d'années[2438], Jean Carbonnier évoque un phénomène de « *pulvérisation du droit en droits subjectifs*[2439] ». Si d'ailleurs le Conseil constitutionnel a assez largement contribué à développer les droits créances dans sa jurisprudence[2440], le droit écrit consacre également régulièrement des droits nouveaux[2441].

---

portée nouvelle à ce procès de subjectivisation : il implique en effet que les individus sont titulaires , en tant qu'Hommes, de droits face au pouvoir et disposent des moyens de les faire valoir. Le socle de l'Etat de droit est ainsi constitué désormais dans tous les pays libéraux par un ensemble de droits fondamentaux, conçus de manière de plus en plus large et inscrits dans des textes de valeur juridique supérieure – textes internationaux par lesquels les individus se voient reconnaître un ensemble de droits opposables à l'Etat, textes constitutionnels, mettant ces droits hors d'atteinte des pouvoirs institués ».

Voir enfin, M. Rosenfeld, « Repenser l'ordonnancement constitutionnel à l'ère du pluralisme juridique et du pluralisme idéologique », *in* H. Ruiz-Fabri, M. Rosenfeld (Dir.), *Repenser le constitutionnalisme à l'âge de la mondialisation et de la privatisation*, Paris, Société de la législation comparée, 2010, p. 93 et suiv.

Sur les différents systèmes internationaux de protection des droits de l'homme, voir, not., pour un article récent, M. Levinet, « La Convention européenne des droits de l'homme, socle de la protection des droits de l'homme dans le droit constitutionnel européen », *RFDC*, 2011, n° 86, p. 227 ; voir également, K. Klima, « Vers un droit constitutionnel européen des droits de l'homme », K. Klima, H. Roussillon (Dir.), *Droit constitutionnel européen des droits de l'homme*, Toulouse, Presses de l'Université sociale de Toulouse, 2004, p. 13 et suiv.

[2437] Par-delà les différentes branches du droit, M. le Professeur Chevallier considère que le développement des droits subjectifs caractérise la période post-moderne. Ainsi, il relève que « *le retour au droit s'accompagne d'un accent mis sur les droits subjectifs, congruent avec « l'absolutisme du moi » caractéristique de la post-modernité* ». J. Chevallier, *L'Etat post-moderne*, *op. cit.*, p. 115.

Voir également sur ce point, A-M. Le Pourhiet, *Droit constitutionnel*, 3e éd., Paris, Economica, 2010, p. 85.

[2438] Sur le développement croissant des droits et libertés, le Professeur Le Pourhiet n'hésite pas à considérer que « *la vague de nouveaux droits n'a cessé d'enfler au point de prendre des allures de tsunami juridique* ». *Ibid.*, p. 142.

[2439] Voir J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Paris, Flammarion, 1996, p. 121. Il précise qu' « *une caractéristique du droit de notre époque aura été la tendance à se subjectiver, à se résoudre en une averse de droits subjectifs* ».

[2440] Au niveau constitutionnel, l'exemple probant récent est celui l'introduction au sein de la Constitution, de la Charte de l'environnement adoptée en 2004. En effet, depuis la loi constitutionnelle du 1er mars 2005, le Préambule de la Constitution prévoit que « *Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946, ainsi qu'aux droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement de 2004* ». Parmi les dispositions de la Charte, dont le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de reconnaître la portée normative, on trouve notamment un article 1er aux termes duquel, « *Chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé* ».

Voir not. pour l'application de l'article 6 de la Charte : C. Constit., n° 2005-514 DC du 28 avril 2005, *Loi relative à la création d'un registre international*, Rec., p. 78 ; C. Constit., n° 2005-516 DC du 7 juillet 2005, *Loi de programmation fixant les orientations en matière énergétique*, Rec., p. 102.

Pour l'application de l'article 5 : C. Constit., n° 2008-564 DC du 19 juin 2008, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*, Rec., p. 313.

Pour l'application des articles 2, 3 et 4, voir C. Constit., n° 2009-599 DC du 29 décembre 2009, *Lois de finances pour 2010*, Rec., p. 218.

[2441] S'agissant de l'enrichissement des droits et libertés constitutionnels, la réforme du 23 juillet 2008 modifie certaines dispositions constitutionnelles dans le sens d'un renforcement des garanties des droits, même si la volonté initiale de créer de nouveaux droits a été finalement abandonnée. En ce sens, les articles modifiés proclament davantage des dispositions symboliques que des droits constitutionnalisés en tant que tels. Comme le relève, à juste titre, le Professeur Roblot-Troizier sur ce point, « *la révision constitutionnelle consacre de manière ostentatoire des droits qui étaient déjà constitutionnellement garantis, tandis qu'elle reconnait timidement des droits nouveaux* ». Voir A. Roblot-Troizier, « L'impact de la révision constitutionnelle sur les droits et libertés », *AJDA*, 2008, p. 1866.

Ainsi, au titre des droits et libertés d'ores et déjà consacrés, parmi les dispositions de la Constitution modifiée, l'article 1er contient dorénavant un second alinéa qui prévoit que « *la loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales* » et la compétence du législateur prévue à l'article 34 est enrichie au travers du « *pluralisme et l'indépendance des*

D'un point de vue conceptuel, l'évolution du constitutionnalisme et le dépassement de la stricte représentation, dont les limites ont été maintes fois démontrées[2442], renvoie aujourd'hui à ce que le Professeur Dominique Rousseau a identifié comme la « *démocratie continue*[2443] ». Précisément, cette notion symbolise l'évolution de la relation entre les pouvoirs publics et les citoyens[2444] et elle permet de démontrer qu'il existe aujourd'hui une distinction claire entre les gouvernants et les gouvernés[2445]. Ainsi par cette notion, le Professeur Rousseau entend « *la participation de tous à la formation de la volonté générale ne se réduit pas au droit de vote mais se poursuit, entre les moments électoraux, par le droit d'intervention législative et par leurs droits de regard et donc de contrôle sur les entreprises normatives du système, système*

---

médias » ainsi qu'à la détermination des « *conditions d'exercice des mandats électoraux et des fonctions électives des membres des assemblées délibérantes des collectivités territoriales* ». De la même façon, l'article 4 comprend un nouvel alinéa aux termes duquel, « *la loi garantit les expressions pluralistes des opinions et la participation équitable des partis et groupements politiques à la vie démocratique de la Nation* ».
S'agissant ensuite de l'apparition de droits nouveaux un nouvel article 75-1 dispose que « *Les langues régionales appartiennent au patrimoine de la France* » et surtout, afin de renforcer les techniques de participation du peuple à l'exercice du pouvoir, il est, aujourd'hui prévu la possibilité de lier les électeurs à une initiative parlementaire dans l'organisation d'un référendum, ainsi que celle de saisir, par voie de pétition, le Conseil économique et social. Le renforcement de la garantie des droits est, également, illustré par la création du « *Défenseur des droits* » et par la possibilité offerte à tout justiciable de saisir le Conseil supérieur de la Magistrature. Voir, sur ce point, A. Roblot-Troizier, *Ibid.*
Pour finir sur cet aspect, le récent comité présidé par Mme Veil a été chargé d'évaluer un certain nombre de propositions, potentielles, pour enrichir le Préambule de la Constitution, de droits nouveaux, droits qui s'inscrivent selon les termes du Chef de l'Etat qui a demandé l'institution de ce comité, parmi les « *principes qui, au fond, définissent l'identité républicaine, disent que ce que nous sommes et vers quoi nous voulons aller* ». Pour ce faire, le comité doit évaluer sept thèmes distincts comme autant d'aspects liés à l'évolution de la société, c'est-à-dire respectivement, l'extension de l'égalité entre les hommes et les femmes, la détermination d'un certain nombre de principes liés à la bioéthique, l'accroissement des politiques d'intégration susceptible de prendre, davantage, en compte la diversité de la société française, ainsi que l'évaluation de l'opportunité d'inscrire dans la Constitution, des principes plus précis comme la dignité de la personne humaine, le pluralisme des courants d'expression et des médias, le respect de la vie privée et la protection des données personnelles et, enfin, l'ancrage européen de la République. Il reste que, pour des raisons diverses (la légitimité du comité pour décider seul d'une révision de la Constitution, aux récentes réformes, à la nécessité de maintenir la protection sous l'empire du droit existant entre autres), le comité n'a pas considéré que l'un de ces principes mérite d'être intégré au Préambule de la Constitution. Voir Rapport du comité présidé par Simone Veil, « Redécouvrir le Préambule de la Constitution », Paris, La Documentation Française, 2009, 207 p.

[2442] Pour une analyse récente des limites de la technique de la représentation, voir S. Milacic, « La démocratie représentative devant un défi historique », *in* R. Ben Achour, J. Gicquel, S. Milacic (Dir.), *La démocratie représentative devant un défi historique*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 3 et suiv.

[2443] Voir not., D. Rousseau (Dir.), *La démocratie continue*, Paris, LGDJ, 1995, p. 126 ; D. Rousseau, « La démocratie continue. Espace public et juge constitutionnel », *Le Débat*, 1997, n° 96, p. 73.

[2444] C'est le sens de l'interprétation par M. le Professeur Troper de l'analyse du Professeur Rousseau. Il relève, en ce sens, que « *la démocratie continue serait donc précisément cette figure moderne qui s'opposerait ainsi à une figure « classique » ou « traditionnelle » de la démocratie, la démocratie représentative, dans laquelle le représentant exprime la volonté générale* ». Voir M. Troper, « Démocratie continue et justice constitutionnelle », *in* D. Rousseau (Dir.), *La démocratie continue*, *op. cit.*, p. 126.

[2445] Pour une discussion de la pensée du Professeur Rousseau, voir J-M. Denquin, « Que veut-on dire par démocratie ? L'essence, la démocratie et la justice constitutionnelle, www.juspoliticum.com/ Que-veut-on-dire-par-democratie.html. ; A-M. Le Pourhiet, « Définir la démocratie », *RFDC*, 2011, p. 453 et suiv.

qui est alors contraint, par l'action propre des droits des citoyens dans l'espace public, de modifier ses procédures de décision[2446] ».

Notamment, et pour ce qui nous intéresse plus particulièrement dans le cadre du présent propos[2447], le Professeur Rousseau montre qu'en imposant aux pouvoirs publics, le respect des droits et libertés des citoyens, le Conseil constitutionnel préserve par là-même, l'autonomie des droits par rapport au pouvoir politique[2448]. Il apparaît aujourd'hui une distinction claire, arbitrée par le juge constitutionnel[2449], entre les droits des citoyens et ceux des organes politiques[2450]. Sur ce point, l'éminent auteur considère que la Constitution, interprétée par le Conseil constitutionnel, matérialise « *la représentation autonome de la souveraineté du peuple*[2451] ». Il ajoute, de façon très explicite sur ce point, que la jurisprudence constitutionnelle « ***produit ainsi une figure nouvelle de mise en distance des gouvernés et des gouvernants, en constituant les droits des premiers en corps séparé des droits des seconds : la charte jurisprudentielle des droits et libertés constitutionnels symbolise l'espace des gouvernés, la loi, l'espace des gouvernants***[2452] ». Poussant, encore davantage l'analyse[2453], le Professeur Rousseau montre que l'on assiste à une répartition des institutions entre d'un côté les gouvernants et de l'autre, les gouvernés. Tandis que la

---

[2446] D. Rousseau, « La démocratie continue. Espace public et juge constitutionnel », *op. cit.* Il ajoute que la démocratie continue induit « *une transformation radicale des relations de pouvoir, d'une part en remettant la démocratie sur ses pieds, c'est à-dire les citoyens dans leur espace propre d'interrelations, d'autre part en introduisant dans le système institutionnel représentatif des mécanismes faisant droit à l'exigence de discussion continue comme mode déformation rationnelle des décisions* ».

[2447] Sur ce point, le Professeur Troper considère dans une contribution publiée en 1995, que « *l'institution des juges constitutionnels est une institution centrale, nécessaire et peut être suffisante de la démocratie continue* ». Voir M. Troper, « Démocratie continue et justice constitutionnelle », *op. cit.*, p. 125.

[2448] Voir D. Rousseau, « La démocratie continue. Espace public et juge constitutionnel », *op. cit.*: « *Le juge constitutionnel garantit d'abord l'autonomie de l'espace public, en construisant, par sa jurisprudence, un ensemble de droits – la constitution sociale – qui différencie symboliquement l'espace des citoyens de l'espace des représentants agencé par la constitution politique* ».

[2449] Voir sur ce point, D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, 9e éd., Paris, Montchrestien, 2010, p. 542 : « *Plus précisément, le Conseil serait à la jonction, à l'articulation des espaces politique et public, l'institution d'une nouvelle relation institutionnelle entre les deux « sociétés », en imposant les droits des gouvernés aux organes de l'Etat* ».

[2450] Voir D. Rousseau, « De la démocratie continue », *op. cit.*, p. 5 et suiv.
En ce sens plus récemment, voir C. De Arango, « Le général et le particulier dans le droit constitutionnel moderne », *RFDC*, 2008, n° 74, p. 239 et suiv.

[2451] D. Rousseau, « La démocratie continue. Espace public et juge constitutionnel », *op.cit.*
Voir également sur ce point, Y. Poirmeur, « Le Conseil constitutionnel protège-t-il véritablement les droits de l'homme ? », *in* G. Drago, B. François, N. Molfessis (Dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1999, p. 315 : « *La légitimité de l'action du Conseil constitutionnel tient alors au fait « qu'il assure l'autonomie des gouvernés par rapport aux gouvernants », en contraignant le législateur à respecter la volonté souveraine du peuple telle qu'elle est exprimée par la Constitution.* » ; D. Rousseau, « Une résurrection : la notion de Constitution », *RDP*, 1990, p. 7 ; D. Rousseau, « La jurisprudence constitutionnelle : quelle « nécessité démocratique ? », *in* G. Drago, B. François, N. Molfessis (Dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1999, p. 367.

[2452] *Ibid.*, p. 367.

[2453] Plus récemment, voir D. Rousseau, « Constitutionnalisme et démocratie », *La Vie des idées*, 19 septembre 2009, http://www.laviedesidees.fr/Constitutionnalisme-et-democratie.

représentation des premiers s'effectue au travers des pouvoirs exécutif et législatif, les seconds sont assurés de la garantie matérielle de leurs intérêts dans l'activité du Conseil constitutionnel[2454].

Ainsi, il ne s'agit plus simplement de s'assurer de règles institutionnelles qui supposent la préservation de la liberté politique, mais davantage de permettre au Conseil constitutionnel d'imposer aux pouvoirs publics, le respect des droits et libertés. En pratique d'ailleurs, cette pensée générale est illustrée par la célèbre formule du Conseil constitutionnel aux termes de laquelle « *la loi n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution*[2455] » et la protection des droits et libertés plus particulièrement, est encore renforcée depuis l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité qui permet au Conseil constitutionnel d'évaluer une loi d'ores et déjà entrée en vigueur, au filtre des « *droits et libertés garantis par la Constitution*[2456] ».

Pour toutes ces raisons, le Professeur Rousseau démontre que l'évolution du phénomène constitutionnel induit une évolution de la notion même de démocratie, un dépassement de la démocratie représentative[2457] vers ce que l'auteur qualifie de « *démocratie par la constitution*[2458] ». Cette dernière suggère alors que la démocratie ne prend pas seulement sens au moment de la désignation des représentants du peuple par l'élection, mais, de façon plus diverses et variée, est le résultat de la protection des droits et libertés par le Conseil constitutionnel, du développement de la délibération entre plusieurs acteurs dans la production des lois ou de la tendance de la Constitution à s'intéresser à la société plus qu'aux institutions politiques[2459]. Aussi admettre cette nouvelle acception de la démocratie suppose et le Professeur Rousseau insiste sur ce point, de se libérer d'une « ***définition essentialiste de la démocratie***[2460] ». Plus précisément, l'analyse du constitutionnalisme contemporain à partir de la démocratie représentative classique conduit nécessairement, et il s'agit toujours des propos de l'auteur, « ***à la naturalisation d'une forme historique de démocratie qui empêche de***

[2454] Voir D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p. 542. Le Professeur Rousseau évoque « *une nouvelle géographie constitutionnelle* ».

[2455] Voir C. Constit., n° 85- 197 DC du 23 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, Rec., p. 70.

[2456] Voir *Supra.*, section 1.

[2457] Le Professeur Dominique Rousseau utilise la notion de « *démocratie électorale* ». Voir D. Rousseau, « Constitutionnalisme et démocratie », *La Vie des idées*, 19 septembre 2009, http://www.laviedesidees.fr/Constitutionnalisme-et-democratie.

[2458] *Ibid.*, p. 18.

[2459] *Ibid.* Le Professeur Rousseau synthétise ces mutations par la formule suivante : « *Ecart au lieu de fusion, délibération au lieu derévélation, société des individus au lieu d'Etat* ».

[2460] *Ibid.*

penser le temps présent[2461] ». Finalement et par-delà les discussions doctrinales sur le bien fondé de l'analyse du Professeur Rousseau[2462], la définition d'une nouvelle forme de démocratie depuis la création du Conseil constitutionnel permet, d'un point de vue conceptuel, de contribuer à substituer un principe démocratique en lien avec la réalité du droit, à la théorie de la représentation politique élaborée à la fin du XVIIIe siècle. En ce sens, la démarche du Professeur Rousseau, rappelée dans un échange avec le Professeur Pierre Brunet, consiste à répondre à la question suivante : « *les juges ayant reçu compétence pour contrôler la loi, quelle forme de démocratie est engagée par cette nouvelle propriété intellectuelle ?*[2463] ».

§2/ De l'appréhension des grands principes institutionnels, à partir de la jurisprudence constitutionnelle

Le Conseil constitutionnel a eu à se prononcer à de nombreuses reprises sur les grands principes institutionnels inscrits dans la Constitution et à les confronter aux lois particulières dont il doit évaluer la constitutionnalité. Evidemment, appréciés dans le cadre de l'évaluation de la constitutionnalité d'une loi, ces principes n'ont pas le teneur et l'étendue des principes connus qui couvrent l'architecture générale des institutions politiques. Puisant, le plus souvent, leurs racines dans la philosophie politique de la fin du XVIIIe siècle et ayant fait l'objet de constructions savantes par la doctrine, tout au long du XXe siècle, les principes de séparation des pouvoirs, de souveraineté nationale ou de représentation politique ont toujours, dans la littérature, été des principes à haute dimension conceptuelle.
Ainsi, c'est, aujourd'hui, une lecture sectorielle et positiviste des principes qui est privilégiée. Au fond, on assiste à une dilution des principes auxquels sont substitués des objectifs liés, dégagés de la jurisprudence sur la base de ces principes. En pratique, l'exemple du principe de séparation des pouvoirs démontre cet aspect de façon patente, dès lors que le Conseil constitutionnel est conduit, par touches successives, à déduire les implications liées à ce

[2461] *Ibid.*
[2462] Voir not., P. Brunet, « La démocratie, entre essence et expérience. Réponse à Dominique Rousseau », *La Vie des idées*, 9 octobre 2008, http://www.laviedesidees.fr/La-democratie-entre-essence-et.html ; J-M. Denquin, « Que veut-on dire par démocratie ? L'essence, la démocratie et la justice constitutionnelle, www.juspoliticum.com/ Que-veut-on-dire-par-democratie.html ; A.-M. Le Pourhiet, « Définir la démocratie », *RFDC*, 2011, n° 87, p. 453.
[2463] D. Rousseau, « Réponse à Pierre Brunet », *op. cit.*, p. 6.

principe[2464] (A). Il reste que cette tendance à réinterpréter les principes dans la réalité pratique ne signifie pas une réelle rupture dans la continuité des grands principes libéraux en droit constitutionnel ou même la perspective d'un remplacement progressif de l'ensemble des principes théoriques de la fin du XIXe siècle, par des principes positifs. Sur ce point, en consacrant la notion de « *règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle nationale*[2465] » , le Conseil constitutionnel permet à la doctrine de s'interroger sur la matérialité de ces principes. Dès lors, l'évolution du droit constitutionnel, notamment l'influence du droit communautaire en droit interne, conforte la vitalité des principes qui demeurent au fondement de la Constitution nationale (B).

A/ Une lecture contentieuse et pratique des règles d'organisation et de fonctionnement de l'Etat : l'exemple de la « conception française de la séparation des pouvoirs[2466] *»*

Dans l'appréhension jurisprudentielle de la séparation des pouvoirs, le juge a d'abord déterminé les contours des rapports entre le pouvoir exécutif, législatif et judiciaire[2467], notamment, s'est assuré du respect par la loi, de l'indépendance réciproque de ces trois pouvoirs et de la non intrusion de l'un sur les autres[2468].

Classiquement, sur ce point, le Conseil constitutionnel veille d'abord à ce que l'exercice des compétences respectives du pouvoir législatif et règlementaire est bien respecté. Par exemple, est contraire à l'article 21 de la Constitution relatif à l'exécution des lois et à l'exercice du pouvoir règlementaire, une disposition qui soumet l'entrée en vigueur d'une loi à une

---

[2464] Voir A. Pariente, « Le Conseil constitutionnel et la théorie de la séparation des pouvoirs », *in* A. Pariente (Dir.), *La séparation des pouvoirs. Théorie contestée et pratique renouvelée*, Paris, Dalloz, 2007, p. 65 et suiv.

[2465] C. Constit., n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, Rec., p. 88.

[2466] L'expression est consacrée par le Conseil constitutionnel lui-même. Voir C. Constit., n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*, Rec., p. 8.

[2467] Au-delà de l'organisation des trois pouvoirs dans l'Etat, le Conseil constitutionnel s'est notamment prononcé sur le respect du principe de séparation des pouvoirs par les autorités administratives indépendantes, dotées d'un pouvoir règlementaire ainsi que d'un pouvoir de sanction. Dans une décision du 17 janvier 1989, le Conseil constitutionnel relève que « *la loi peut, sans qu'il soit porté atteinte au principe de la séparation des pouvoirs, doter l'autorité indépendante chargée de garantir l'exercice de la liberté de communication audiovisuelle de pouvoirs de sanction dans la limite nécessaire à l'accomplissement de sa mission* ». Voir C. Constit., n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, *Loi relative à la liberté de communication*, Rec., p. 18.

[2468] Sur l'ensemble de la jurisprudence, voir D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, 9e éd. Paris, Montchrestien, 2010, p. 298 et suiv.

Voir également sur ce point, M. Verpeaux, P. de Montalivet, A. Roblot-Troizier, A. Vidal-Naquet, *Droit constitutionnel. Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, PUF, 2011, p. 115 : « *Le Conseil constitutionnel se pose dès lors comme le gardien privilégié de la séparation des pouvoirs en sanctionnant toute immixtion, non prévue par la Constitution, d'un pouvoir dans l'exercice des fonctions d'un autre* ».

convention conclue entre le ministre de l'agriculture et les organisations représentatives de l'enseignement privé agricole[2469].

Dans le même sens, le Conseil constitutionnel a eu plusieurs fois l'occasion de vérifier qu'une loi n'implique pas que l'un des deux pouvoirs agisse dans un sens préalablement déterminé. Par exemple, dans l'organisation des rapports entre le Parlement et le Gouvernement, le Conseil constitutionnel a jugé contraire au pouvoir d'initiative des lois confié au Premier ministre, l'obligation, faite au Gouvernement, de présenter au Parlement, et ce sont les termes de la décision, « *un ensemble cohérent de mesures*[2470] » permettant de lutter contre la crise de la natalité en France. Plus récemment, il a, au contraire, écarté le grief d'une violation du pouvoir d'initiative des lois attribué au Parlement et au Gouvernement conformément à l'article 39 de la Constitution, par une loi qui prévoyait la transmission, par les caisses nationale d'assurance maladie, de propositions relatives à l'évolution de leurs charges pour l'année à venir, au motif que ces propositions ne lient pas les pouvoirs publics dans l'élaboration du projet de loi de finances[2471].

A propos cette fois des rapports entre le pouvoir judiciaire et les pouvoirs exécutif et législatif, le juge précise, de façon explicite, dans l'appréciation de l'indépendance des juges, qu'« *il n'appartient ni au législateur ni au Gouvernement de censurer les décisions des juridictions, d'adresser à celles-ci des injonctions et de se substituer à elles dans le jugement des litiges relevant de leur compétence*[2472] ».

Dans l'ensemble de ces cas, le juge constitutionnel fait une application indirecte du principe de séparation des pouvoirs - les décisions visent, entre autres, l'article 39 ou l'article 66 de la Constitution -, c'est-à-dire que ce sont les conséquences du principe qui sont illustrées, notamment celles liées à la préservation des compétences respectives entre les pouvoirs[2473].

[2469] Voir C. Constit., n° 78-95 du 27 juillet 1978, *Loi relative à l'enseignement et à la formation professionnelle*, Rec., p. 26.

[2470] Voir C. Constit., n° 78-102 DC du 17 janvier 1979, *Loi portant approbation d'un rapport sur l'adaptation du VIIe Plan*, Rec., p. 26.

[2471] C. Constit., n° 2004-504 DC du 12 août 2004, *Loi relative à l'assurance maladie*, Rec., p. 153.

[2472] Voir par exemple, C. Constit., n° 80-119 DC du 22 juillet 1980, *Loi portant validation d'actes administratifs*, Rec., p. 46.

Un tempérament à ce considérant de principe concerne la question des lois de validations qui permettent au législateur de valider des décisions que le juge a annulées. Dans cette même décision, le Conseil constitutionnel considère que le principe de séparation des pouvoirs et d'indépendance des juridictions « *ne s'opposent pas à ce que, dans l'exercice de sa compétence et au besoin, sauf en matière pénale, par la voie de dispositions rétroactives, le législateur modifie les règles que le juge a mission d'appliquer* ». Voir C. Constit., n° 80-119 DC du 22 juillet 1980, *Loi portant validation d'actes administratifs*, *Ibid.*

Sur l'évolution de la jurisprudence en matière de lois de validation, voir D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p. 300 et suiv.

[2473] *Ibid.*, p. 298.

Par ailleurs, et il s'agit, alors, de l'application directe du principe constitutionnel de séparation des pouvoirs, à propos des instruments de contrôle et de limitation mutuelle entre les pouvoirs, le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur le respect de la prérogative de dissolution de l'Assemblée entre les mains du pouvoir exécutif[2474]. Précisément, le Conseil constitutionnel relève, en l'espèce, qu'une loi, en prévoyant qu'à compter de l'entrée en vigueur de la réforme des élections des collectivités territoriales, de nouvelles élections seront organisées dans les soixante jours qui suivent, mettant par là-même fin au mandat de l'assemblée élue, ne méconnaît pas le principe de séparation des pouvoirs, dès lors que cette mesure ne constitue pas une dissolution. Qualifiée, par le juge constitutionnel, de « *mesure d'abréviation du mandat de l'Assemblée territoriale*[2475] », le législateur est bien compétent pour organiser un tel renouvellement, là où la dissolution n'aurait pu être décidée que par le Conseil des ministres.

Pour autant et surtout, d'autres décisions, à partir du principe de séparation des pouvoirs, ont déterminé des aspects plus circonstanciels et particuliers, c'est-à-dire qui n'envisagent pas tel ou tel pouvoir dans sa généralité mais certaines catégories rattachées à tel pouvoir ou certains aspects pratiques. Pour l'illustrer, la jurisprudence sur l'application du principe de séparation des pouvoirs aux juridictions est particulièrement éclairante.

Non inscrite dans la Constitution, à la différence du juge judiciaire, la juridiction administrative a acquis un statut constitutionnel sous l'effet de la jurisprudence. D'abord érigée en principe fondamental reconnu par les lois de la République[2476], l'indépendance de la juridiction administrative a été précisée, à nouveau, par une décision du 23 janvier 1987[2477]. En effet, conformément à une formule restée célèbre, le Conseil constitutionnel considère que « *conformément à la conception française de la séparation des pouvoirs, figure au nombre des « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » celui selon lequel, à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire, relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le*

[2474] C. Constit., n° 79-104 DC du 23 mai 1979, *Loi modifiant les modes d'élection de l'Assemblée territoriale et du Conseil du gouvernement du territoire de la Nouvelle- Calédonie et dépendances*, Rec., p. 27.

[2475] *Ibid.*

[2476] C. Constit., n° 80-119 DC du 22 juillet 1980, *Loi portant validation d'actes administratifs*, Rec., p. 46 : « *Considérant qu'il résulte des dispositions de l'article 64 de la Constitution en ce qui concerne l'autorité judiciaire et des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République en ce qui concerne, depuis la loi du 24 mai 1872, la juridiction administrative, que l'indépendance des juridictions est garantie ainsi que le caractère spécifique de leurs fonctions sur lesquelles ne peuvent empiéter ni le législateur ni le Gouvernement* ».

[2477] C. Constit., n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*, Rec., p. 8.

pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle[2478] ». Ainsi, au-delà de l'indépendance de la juridiction administrative, la « *conception française de la séparation des pouvoirs*[2479] » suppose qu'elle dispose d'une compétence propre et réservée. Comme le relèvent les auteurs des *Grandes décisions du Conseil constitutionnel* sur ce point, si cette notion ne correspond à aucune norme de nature constitutionnelle, le juge souhaite, par cette formule, souligner que la séparation des pouvoirs revêt un sens singulier au travers de l'histoire constitutionnelle nationale, liée, essentiellement, à la méfiance historique envers le pouvoir judiciaire[2480].

Pour un second exemple caractéristique[2481], ensuite, le Conseil constitutionnel a eu l'occasion d'examiner les conditions de mises en œuvre du principe de séparation des pouvoirs appliquées au pouvoir judiciaire. Plus précisément, il s'agit d'apprécier l'exigence du concours de la force publique pour faire exécuter les jugements, corolaire de la séparation des pouvoirs[2482]. Notamment, dans une décision du 29 juillet 1998, le juge a considéré qu'en soumettant le refus du concours de la force publique, à l'assurance qu'une proposition d'hébergement a bien été proposée par le représentant de l'Etat dans le département, aux personnes expulsées, la loi méconnait le principe de séparation des pouvoirs. En d'autres termes, sauf à méconnaître le principe de séparation des pouvoirs, le concours de la force publique à l'exécution des décisions de justice est une garantie de l'indépendance du pouvoir judiciaire.

La synthèse de la lecture jurisprudentielle du principe de séparation des pouvoirs apparaît, de façon juste et pertinente, dans l'analyse d'une récente décision du Conseil constitutionnel par le Professeur Roblot-Troizier[2483]. Précisément, par une décision du 3 mars 2009, le Conseil

---

[2478] *Ibid.*

[2479] Pour une analyse de cette notion, voir S. Velley, « La constitutionnalisation d'un mythe : justice administrative et séparation des pouvoirs », *RDP*, 1989, p. 775 et suiv.

[2480] Voir L. Favoreu, L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 13e éd., Paris, Dalloz, 2005, p. 674.

[2481] A propos de la jurisprudence relative à l'indépendance de la justice, corollaire de la séparation des pouvoirs, voir D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, 9e éd. Paris, Montchrestien, 2010, p. 307 et suiv.

[2482] C. Constit., n° 98-403 DC du 29 juillet 1998, *Loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions*, Rec., p. 276 : « *Considérant que toute décision de justice a force exécutoire ; qu'ainsi, tout jugement peut donner lieu à une exécution forcée, la force publique devant, si elle y est requise, prêter main-forte à cette exécution ; qu'une telle règle est le corollaire du principe de la séparation des pouvoirs énoncé à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* ».

[2483] M. Verpeaux, P. de Montalivet, A. Roblot-Troizier, A. Vidal-Naquet, *Droit constitutionnel. Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, PUF, 2011, 539 p.

constitutionnel doit se prononcer sur la conformité à la Constitution d'une loi qui prévoit le transfert du pouvoir de nommer et révoquer les présidents de France Télévision et de Radio France, du Conseil supérieur de l'Audiovisuel au Président de la République[2484]. A titre principal, le Conseil considère, dans cette décision, que l'attribution de ce pouvoir ne porte pas atteinte à l'indépendance des médias[2485] et relève, également, cette fois comme contraire au principe constitutionnel de séparation des pouvoirs, la possibilité attribuée aux commissions parlementaires d'exercer un droit de veto à l'encontre de la décision prise par le Chef de l'Etat de révoquer les présidents de France Télévision et de Radio France[2486]. Sur ce second point, Mme Roblot-Troizier relève que l'appréhension du principe de séparation des pouvoirs correspond à la jurisprudence constante du Conseil constitutionnel.

Ainsi, lorsqu'il est invité à se prononcer, le juge s'assure, le plus souvent, qu'une loi respecte les fonctions respectives des pouvoirs exécutif et législatif, mais le principe constitutionnel de séparation des pouvoirs n'a, finalement, pas de contenu réel propre.

C'est la raison pour laquelle, Mme le Professeur Roblot-Troizier considère que cette décision confirme que ce principe est envisagé dans sa « *conception fonctionnelle*[2487] ». En l'espèce, relève le Conseil, l'application du principe fonctionnel de séparation des pouvoirs s'oppose à ce que, par l'utilisation du veto, des commissions parlementaires puissent faire obstacle à l'exercice d'une compétence du pouvoir exécutif.

Davantage, il est souligné que cette acception de la séparation s'écarte de la théorie originelle, héritée de Montesquieu, permettant à chacun des pouvoirs dans l'Etat, afin de limiter l'exercice du pouvoir et de garantir la liberté politique, de disposer d'instruments de limitation mutuelle. Pour reprendre les termes du Professeur Roblot-Troizier sur cet aspect, la jurisprudence du Conseil constitutionnel « ***d'abord, ignore la « faculté d'empêcher » que***

Voir, par ailleurs, A. Roblot-Troizier, « L'indépendance des médias en question », *RFDA*, 2009, p. 585.

[2484] C. Constit., n° 2009-577 DC du 3 mars 2009, *Loi relative à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision*, Rec., p. 64.

[2485] *Ibid.* : « *Considérant, enfin, que, contrairement à ce que soutiennent les requérants, le recours à la procédure prévue par le dernier alinéa de l'article 13 de la Constitution n'interdisait pas au législateur de fixer ou d'ajouter, dans le respect de la Constitution et, notamment, du principe de la séparation des pouvoirs, des règles encadrant le pouvoir de nomination du Président de la République afin de garantir l'indépendance de ces sociétés et de concourir ainsi à la mise en œuvre de la liberté de communication* ».

[2486] *Ibid.* : « *que toutefois, en permettant aux commissions parlementaires d'exercer un droit de veto à la majorité des trois cinquièmes des suffrages exprimés, alors que le dernier alinéa de l'article 13 de la Constitution n'a rendu possible un tel veto que dans le cadre de l'exercice du pouvoir de nomination du Président de la République, la disposition précitée méconnaît tant la portée de cet article que le principe de la séparation des pouvoirs* ».

[2487] Voir M. Verpeaux, P. de Montalivet, A. Roblot-Troizier, A. Vidal-Naquet (Dir.), *Droit constitutionnel. Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 120.

contient par essence cette théorie, ensuite fait fi de la finalité même de cette théorie, qui est de limiter le pouvoir pour préserver la liberté[2488] ».

B/ La notion de « principes inhérents à l'identité constitutionnelle nationale[2489] *», une réflexion renouvelée sur les principes au fondement du constitutionnalisme national*

Depuis la décision « *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*[2490] » du 10 juin 2004, le Conseil constitutionnel se déclare incompétent pour contrôler la constitutionnalité de la loi de transposition qui se borne à tirer les conséquences nécessaires d'une directive communautaire, conformément à l'article 88-1 de la Constitution, sauf si celle-ci méconnaît une « *disposition expresse de la Constitution*[2491] ». Modifiant l'étendue de son contrôle, le Conseil constitutionnel considère, par la suite[2492], que la nécessité de veiller au respect de l'obligation de transposition d'une directive communautaire, est évaluée en deux temps.
D'abord, invité à se prononcer avant la promulgation de la loi et dans un délai d'un mois, il ne lui appartient de déclarer une loi incompatible à la directive qu'elle est chargée de mettre en œuvre, qu'en cas de contrariété manifeste. Un contrôle plus approfondi échappe au Conseil constitutionnel dans la mesure où il n'a pas la possibilité de saisir la Cour de justice des Communautés européennes d'une question préjudicielle. Un tel recours peut, le cas échéant, être exercé par les juridictions suprêmes nationales[2493]. Ensuite, la loi de transposition ne doit, néanmoins, pas contrevenir à une « *règle ou un principe inhérent à l'identité constitutionnelle française*[2494] ».

Ainsi, éclairée du contexte jurisprudentiel dans lequel cette notion nouvelle est consacrée, la fonction des « *conditions inhérentes à l'identité constitutionnelle de la France* » apparaît

---

[2488] *Ibid.*, p. 121.
[2489] C. Constit., n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, Rec., p. 88.
[2490] C. Constit., n°2004-496 DC du 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, Rec., p. 101.
[2491] *Ibid.*
[2492] C. Constit., n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, *op. cit.*
[2493] *Ibid.* : « *Considérant, en second lieu, que, devant statuer avant la promulgation de la loi dans le délai prévu par l'article 61 de la Constitution, le Conseil constitutionnel ne peut saisir la Cour de justice des Communautés européennes de la question préjudicielle prévue par l'article 234 du traité instituant la Communauté européenne ; qu'il ne saurait en conséquence déclarer non conforme à l'article 88-1 de la Constitution qu'une disposition législative manifestement incompatible avec la directive qu'elle a pour objet de transposer ; qu'en tout état de cause, il revient aux autorités juridictionnelles nationales, le cas échéant, de saisir la Cour de justice des Communautés européennes à titre préjudiciel* ».
[2494] *Ibid.* Voir par ailleurs, C. Constit., n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*, Rec., p. 120.

claire : il s'agit de préserver, dans le contexte d'intégration toujours plus importante des Etats membres au sein de l'Union européenne, un certain nombre de principes qui correspondent à l'identité constitutionnelle singulière de chaque Etat[2495]. Il reste qu'en creux, et au travers d'un raisonnement *a contrario*, la doctrine française s'est interrogée sur ce qui constitue, précisément, les principes propres à l'identité constitutionnelle française. Pour reprendre, sur ce point, les termes employés par le Professeur Edouard Dubout, « *c'est l'Europe qui a fait prendre conscience à la France de son identité*[2496] ».

Dès lors, à partir de cette jurisprudence, la doctrine s'est interrogée, assez abondamment, sur cette notion de « *règle ou un principe inhérent à l'identité constitutionnelle française*[2497] », d'abord sur son fondement et/ ou sa nature, ensuite sur son contenu positif.

Tout d'abord, et cet aspect est souligné par le Professeur Michel Troper, cette notion, au moment où le juge la consacre, n'apparait pas dans la Constitution, pas davantage dans l'ensemble des constitutions nationales antérieures, elle n'est, de surcroit, pas connue de la doctrine et la jurisprudence ne l'a jamais utilisée auparavant[2498].

Le Professeur Dubout, par exemple, s'efforce de circonscrire cette notion, en la rapprochant des catégories de normes dites « *supraconstitutionnelles* ». En ce sens, il entreprend une analyse de l'identité constitutionnelle, et ce sont les termes retenus par l'auteur, compte tenu de « *sa fondamentalité et non par sa spécificité*[2499] ». Ainsi, relève l'auteur, l'identité constitutionnelle permet de protéger les principes qui sont au fondement de l'ordre juridique national et fait office de barrière indépassable à la pénétration du droit communautaire.
Récusant l'idée de normes qui surplombent la Constitution, le Professeur Troper, au contraire et dans une démarche positiviste, considère que « *l'identité constitutionnelle de la France* »

[2495] E. Dubout, « « Les règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France » : une supraconstitutionnalité ? », *RFDC*, 2011, n° 83, p. 451 : « *Le recours à l'expression d' « identité constitutionnelle » entend précisément tenir compte de l'existence de normes particulières sur lesquelles repose l'ensemble du système juridique français, afin de réussir le tour de force de le préserver dans ses traits essentiels tout en l'associant étroitement avec un autre* ».
Voir également, J. Rosetto, « L'Union européenne face à l'identité constitutionnelle de la France », *in Constitutions et pouvoirs, Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel*, Paris, Montchrestien, 2008, p. 448.
[2496] E. Dubout, *op. cit.*, p. 451.
[2497] C. Constit., n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, *op. cit.* ; C. Constit., n° 2006- 543 DC du 30 novembre 2006, *op. cit.*
[2498] M. Troper, « Identité constitutionnelle », *in* B. Mathieu (Dir.), *Cinquantième anniversaire de la Constitution française : 1958-2008*, Paris, Dalloz, 2008, p. 123.
[2499] E. Dubout, « « Les règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France » : une supraconstitutionnalité ? », *op. cit.*

est une notion proprement juridique, qui a, et ce sont les termes employés par l'éminent auteur, « *pour sujet la Constitution elle-même*[2500] ». L'identité constitutionnelle française, en d'autres termes, est dégagée de l'histoire constitutionnelle nationale et renvoie aux principes qui ont traversé l'ensemble des constitutions qu'a connu la France.

Parallèlement, le Professeur Jean Rossetto, rejetant lui-aussi l'idée de normes « *supraconstitutionnelles* » dès lors que le Conseil constitutionnel a pris soin de considérer que seul le pouvoir constituant est à même de remettre en cause ces règles et principes, considère qu'ils recouvrent « *un noyau dur de dispositions constitutionnelles dont il conviendrait d'assurer une protection renforcée à raison de leur caractère identitaire*[2501] ».

Par-delà ces thèses singulières sur la nature, en droit interne, des « *conditions inhérentes à l'identité constitutionnelle nationale* », et de façon plus humble, son fondement est à rechercher dans le droit communautaire et elle correspond à une notion constitutionnelle française inspirée des termes du droit communautaire.

Les commentaires aux *Cahiers* expliquent que le choix du terme de « *conditions inhérentes à l'identité constitutionnelle nationale* », substitué à celui de « *disposition expresse de la Constitution* », est dicté par les termes du Traité instituant une Constitution pour l'Europe et notamment son article 5-1 qui prévoit que « *l'Union respecte l'identité nationale des Etats membres inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles*[2502]» et influencé également par les juridictions allemandes et italiennes. D'ailleurs, dans l'identification de la notion, le Conseil d'Etat, en s'inspirant de la jurisprudence constitutionnelle, a donné un certain nombre de précisions qui vont en ce sens. Notamment, le juge administratif a fait le choix de traduire[2503] l'expression « *principes inhérents à l'identité constitutionnelle nationale* », par celle de principe qui ne trouve pas d'équivalent en droit communautaire[2504]. En d'autres termes, le Conseil d'Etat s'efforce de déterminer ces

---

[2500] Voir M. Troper, « Identité constitutionnelle », *op. cit.*, p. 124. Voir, spéc., p. 127 : « *Les règles et principes qui forment l'identité constitutionnelle de la France ne sont donc supérieures aux autres que dans un sens très spécifique : leur supériorité consiste seulement dans une meilleure protection contre le droit européen* ».

[2501] J. Rossetto, « L'Union européenne face à l'identité constitutionnelle de la France », *in Constitutions et pouvoirs, Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel*, Paris, Montchrestien, 2008, p. 450.

[2502] Voir les commentaires aux cahiers, disponibles sur le site du Conseil constitutionnel, à l'adresse suivante : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2006540DCccc_540dcpdf

[2503] Précisément, le Rapporteur public devant le Conseil d'Etat, M. Guyomar, insiste sur la nécessaire harmonisation de la jurisprudence, tant nationale qu'internationale, sur la question du rapport entre ordre interne et communautaire. Il s'agit d'éviter, et ce sont les termes retenus par M. Guyomar, « *la guerre des juges* » et de tenir compte de la position antérieure du juge constitutionnel. M. Guyomar, « Le contrôle de constitutionnalité d'un règlement transposant une directive communautaire », *RFDA*, 2007, p. 384.

[2504] CE, Ass., 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, *RFDA*, 2007, p. 385.

principes, non pas en ce qu'ils sont, mais compte tenu de leur spécificité au regard du droit communautaire[2505].

Ainsi, saisi d'un moyen tiré de la méconnaissance d'un principe de valeur constitutionnelle, le Conseil d'Etat vérifie, simplement, si ce principe possède un équivalent à l'échelon communautaire. S'il n'existe pas de principe général communautaire équivalent au principe de droit constitutionnel, le juge retrouve son contrôle habituel et pourra annuler l'acte contraire à la Constitution. A l'inverse, si un principe général du droit communautaire confère une protection équivalente aux dispositions constitutionnelles, le juge administratif se borne à vérifier que la directive transposée par le règlement respecte bien le principe communautaire, tel qu'interprété par la Cour de justice des Communautés.

En conséquence, le juge administratif fait le choix de contrôler l'acte de transposition conformément, et il s'agit là de l'expression utilisée par M. Guyomar, à « *une opération de translation*[2506] », c'est-à-dire en transportant le bloc de constitutionnalité français vers le droit communautaire. Suivant les recommandations du Rapporteur public, M. Guyomar sur ce point, il s'agit d'adapter le contrôle sur la transposition des directives en droit interne, en tenant compte de la spécificité institutionnelle du Conseil d'Etat. Il n'appartient pas au juge administratif, à l'occasion de son contrôle de légalité d'un acte administratif, de se prononcer sur l'identification de « *l'identité constitutionnelle française* ».

S'agissant de cette notion de « *règle ou principe inhérent à l'identité constitutionnelle française* », elle est assez largement critiquée par la doctrine[2507]. Essentiellement, on souligne son défaut de clarté et les difficultés pour identifier ce que recouvre véritablement un principe inhérent à l'identité constitutionnelle[2508]. Néanmoins, c'est le plus souvent d'un point de vue matériel que les auteurs s'efforcent, dans son contenu positif, de déterminer quels sont les principes ou les règles inhérentes à l'identité constitutionnelle nationale.

[2505] Voir sur ce point, E. Dubout, « « Les règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France » : une supraconstitutionnalité ? », *op. cit.*

[2506] M. Guyomar, « Le contrôle de constitutionnalité d'un règlement transposant une directive communautaire », *op. cit.*, p. 394.

[2507] Voir par exemple, M. Gautier, F. Melleray, « Le Conseil d'Etat et l'Europe : fin de cycle ou nouvelle ère », *DA*, 2007, p. 9 ; D. Simon, « L'obscure clarté de la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative à la transposition des directives communautaires », *Europe*, octobre 2006, n° 10, alerte 42 ; voir également, L. Favoreu, L. Philip (Dir.), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 15e éd., Paris, Dalloz, 2009, p. 804 et suiv.

[2508] Voir sur ce point, E. Dubout, « « Les règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France » : une supra-constitutionnalité ? », *RFDC*, 2010, n° 83, p. 451.

A l'occasion des traditionnels échanges de vœux en 2005, le Président du Conseil constitutionnel, M. Mazeaud indique que l'intégration du droit communautaire en droit interne, s'arrête quand elle est susceptible de contrevenir à « *ce qui est expressément inscrit dans nos textes constitutionnels et qui nous est propre*[2509] ». Plus précisément, il relève qu'il s'agit de protéger les éléments « *inhérents à notre identité constitutionnelle* », étant entendu que l'adjectif « *inhérent* » renvoie à tout ce qui apparait « *crucial et distinctif*[2510]».

Sans précision supplémentaire, la doctrine voit dans l'article 1er de la Constitution, divers éléments composant une première liste de principes inhérents. Il s'agit, en d'autres termes, de la laïcité, du caractère démocratique ou social de la République, voire des principes d'égalité, de respect des croyances ou de la décentralisation[2511].
Au-delà de ces dispositions, le Professeur Dubout par exemple, distingue entre les normes relatives au fonctionnement des institutions et celles relatives aux droits et libertés[2512]. Dans le premier groupe, il range le maintien de la forme républicaine du gouvernement consacré à l'article 89 de la Constitution, d'où découlent le principe de séparation des pouvoirs et l'impossibilité de restaurer la monarchie. Il ajoute la nécessaire garantie des normes, sur le fondement de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et, plus particulièrement, les règles qui permettent un droit de recours juridictionnel effectif et qui garantissent un procès équitable. S'agissant du second groupe, le Professeur Dubout relève que l'on peut intégrer à la catégorie des « *règles et principes inhérents à l'identité constitutionnelle nationale* », les droits subjectifs consacrés au sein de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 et ceux issus du Préambule de la Constitution de 1946.

Pour synthétiser, le Professeur Michel Troper, au terme de son analyse relative à « *l'identité constitutionnelle*[2513] », montre que les principes qui correspondent à la notion dégagée par le

---

[2509] Voir Vœux du président du Conseil constitutionnel, M. Mazeaud, au Président de la République, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 5, du 18 juillet 2005.
[2510] *Ibid.*
[2511] Voir sur ce point, M. Troper, « Identité constitutionnelle », *in* B. Mathieu (Dir.), *Cinquantième anniversaire de la Constitution française : 1958-2008*, Paris, Dalloz, 2008, p. 125 ; J. Rosetto, « L'Union européenne face à l'identité constitutionnelle de la France », *op. cit* , p. 452.
[2512] E. Dubout, « « Les règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France » : une supra-constitutionnalité ? », *op. cit.*
[2513] M. le Professeur Troper épaule son raisonnement par le titre de l'ouvrage de Raymond Carré de Malberg, « *Contribution à une théorie générale de l'Etat, spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français* ». Précisément, dès lors que « *les données fournies par le droit constitutionnel français* » correspondent aux grands principes libéraux de 1789, c'est bien l'identité constitutionnelle de la France qui permet de contribuer à l'élaboration d'une théorie de l'Etat. Voir M. Troper, « Identité constitutionnelle », *op. cit.*, p. 130- 131.

Conseil constitutionnel correspondent finalement à certains principes propres à la Constitution nationale. Plus précisément, il défend l'idée selon laquelle, il s'agit des principes essentiels du constitutionnalisme national qui ont été consacrés par l'ensemble des constitutions qu'a connues la France. Ces principes renvoient alors aux grands principes de 1789 - la séparation des pouvoirs, la souveraineté nationale ou le principe de représentation notamment - et qui forment l'identité constitutionnelle française. C'est dire, en d'autres termes, que la vitalité des principes généraux du droit constitutionnel de la période révolutionnaire demeure, dès lors qu'il s'agit de fixer des limites à l'intégration du droit communautaire en droit interne.

Conclusion Chapitre 2nd

L'analyse de quelques aspects susceptibles de permettre progressivement une évolution du droit né de la jurisprudence vers davantage de conceptualisme, induit un constat mitigé.
Du côté de la jurisprudence constitutionnelle proprement dite, la mise en place de la récente procédure de question prioritaire de constitutionnalité ne devrait pas modifier en substance l'empirisme du juge dans la détermination de la compatibilité d'une loi à la Constitution. Du côté de l'analyse doctrinale, les initiatives qui s'efforcent de penser le droit constitutionnel et les principes en tenant compte de de la jurisprudence constitutionnelle, ne doivent pas masquer une approche doctrinale essentiellement analytique. Les nombreux commentaires de la jurisprudence empirique et continue relative aux droits et libertés, s'agissant de la QPC le constat est vertigineux, suffisent pour attester de cette tendance.

Conclusion du Titre 2nd

Alors que le juge constitutionnel et l'ensemble des juridictions nationales s'efforcent aujourd'hui de garantir la sécurité juridique en imposant aux règles de droit qu'ils ont à apprécier les principes qui en découlent, la question n'est pas vraiment abordée sous l'angle de leurs décisions proprement dites. Sorte de paradoxe, à l'heure où le juge s'efforce d'imposer toujours davantage d'exigences liées à la sécurité juridique aux pouvoirs publics, c'est la jurisprudence elle-même qui dans certains cas, crée de l'insécurité dans le droit.

Traditionnellement, afin d'éviter une jurisprudence instable et circonstancielle, c'est sous l'angle de l'application rétroactive d'une décision que la question de la sécurité juridique est posée[2514]. Néanmoins, et en renvoyant à une problématique générale connue du droit administratif, la lisibilité et la stabilité des décisions juridictionnelles impliquent d'autres enjeux que la rétroactivité des décisions de justice. A titre principal, il s'agit d'expliciter les règles sur la base desquelles le juge règle un cas d'espèce et de ne pas s'en tenir à une démarche seulement enrobée du cas à résoudre, une démarche empirique. Compte tenu de l'influence essentielle de la jurisprudence du Conseil constitutionnel à l'heure actuelle, une évolution de la lisibilité de ces décisions serait sans doute utile à la préservation de la stabilité et de la prévisibilité des règles de nature constitutionnelle.

D'ailleurs au niveau cette fois de l'évolution de la discipline, toujours sous l'effet de la coloration contentieuse en droit constitutionnel, le Préambule de la Constitution, réceptacle de

---

[2514] Ainsi, dès lors qu'il est admis que le juge est chargé de dire le droit appliqué à une solution particulière et non de créer une norme, il ne saurait être question d'admettre un quelconque droit acquis sur la base de la jurisprudence. C'est la position retenue par la Cour de cassation qui, dans un arrêt du 7 janvier 2003, a considéré que « *la sécurité juridique, invoquée sur le fondement du droit à un procès équitable prévu par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, ne saurait consacrer un droit acquis à une jurisprudence immuable, l'évolution de la jurisprudence relevant de l'office du juge dans l'application du droit*». Arrêt cité par le Professeur Camby, *in* J-P. Camby, « Sécurité juridique et insécurité jurisprudentielle », *RDP*, 2006, n° 6, p. 1505. Voir par ailleurs sur ce point, Ch. Rade, « De la rétroactivité des revirements de jurisprudence », *D.* 2005, p. 988.

Néanmoins, les juridictions nationales suprêmes se sont efforcées d'atténuer les conséquences néfastes des effets de l'application dans le temps d'un revirement. En droit administratif, voir, not., CE, Ass., 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*, *RFDA*, 2004, p. 461. Au travers de cet arrêt, confirmé ultérieurement, le Conseil d'Etat considère que « *que l'annulation d'un acte administratif implique en principe que cet acte est réputé n'être jamais intervenu ; que toutefois, s'il apparaît que cet effet rétroactif de l'annulation est de nature à emporter des conséquences manifestement excessives en raison tant des effets que cet acte a produits et de l'intérêt général pouvant s'attacher à un maintien temporaire de ses effets, il appartient au juge administratif* (…) *de prendre en considération, d'une part les conséquences de la rétroactivité de l'annulation pour les divers intérêts publics ou privés en présence, et d'autre part, les inconvénients que présenteraient, au regard du principe de légalité et du droit des justiciables à un recours effectif, une limitation dans le temps des effets de l'annulation* ».

Voir, par ailleurs, sur un arrêt du 25 février 2005, *France Télécom*, E. Saulnier-Cassia, « Le Conseil d'Etat fait une application extensive et clarificatrice de sa décision Association AC ! », *JCPA*, 11 avril 2005, n° 15, p. 1162 ; M. Guyomar, « L'application de la jurisprudence Association AC ! à l'annulation d'une décision individuelle », *AJDA*, 2008, p. 638.

la plupart des droits et libertés des citoyens, tend à devenir le principal objet d'analyse et le contenu même du texte, c'est-à-dire les règles institutionnelles, l'accessoire. Pour la doctrine, il s'agit moins d'interroger les grands principes de l'Etat et les efforts théoriques, on pourrait dire de synthèse, visent plus humblement à s'efforcer de saisir un droit diffus, en mouvement permanent.

Conclusion de la 2nde Partie

Si l'influence de la jurisprudence empirique du Conseil constitutionnel, implique des mutations importantes dans l'appréhension du droit constitutionnel et contribue à déplacer les objets d'étude, elle ne permet pas véritablement d'atteindre les principes généraux du droit constitutionnel. Aussi, la troisième forme d'empirisme, « *l'empirisme jurisprudentiel* », modifie les méthodes d'analyse de la doctrine - l'induction de principes à partir des décisions du Conseil constitutionnel - fournit un ensemble de règles en évolution constante et adaptées au temps présent, mais toutes ces nouveautés ne permettent pas, pour l'heure, de renouveler les fondements des grands principes du droit constitutionnel. Très liés à une science de l'Etat et à la détermination générale de ses règles d'organisation, les principes sont identifiés, de façon indissociable, au fondement du constitutionnalisme et à la philosophie politique libérale de la fin du XVIIIe siècle. Davantage, le droit né de la jurisprudence, est un droit pratique, seulement à-même de fournir les éléments propres à une synthèse de principes moins conceptuels, de principes fonctionnels.

Conclusion générale/ les prémisses d'une reconsidération des principes généraux du droit constitutionnel sur la base de la seule jurisprudence constitutionnelle : à propos d'un manuel récent de « droit constitutionnel jurisprudentiel »

Le conceptualisme ancien hérité des premiers manuels de droit constitutionnel à la fin du XIXe siècle a permis d'élaborer les grands principes du droit constitutionnel français. Construits dans le but de rendre compte des règles universelles et intemporelles vers lesquels tout gouvernement quel qu'il soit, doit tendre afin de garantir la liberté politique des citoyens, ces principes continuent aujourd'hui à faire autorité au sein de la discipline. Pourtant, trois moments essentiels dans l'histoire du droit constitutionnel ont été l'occasion d'entrevoir une possible évolution de ces principes dont la pertinence pour rendre compte du droit positif est interrogée.

D'abord, un premier courant doctrinal apparu à la suite de la Seconde Guerre mondiale, qualifié dans le cadre de la présente étude de « *empirisme politique* », se montre soucieux d'analyser le droit constitutionnel tel qu'il est véritablement dans l'ensemble de ses manifestations et de ses sources mêmes non juridiques. Alors, à partir de l'observation, les auteurs rattachés à ce courant, s'efforcent de reconsidérer ces principes en les induisant de la réalité constitutionnelle.

Ensuite, aux alentours des années 1970, un second courant doctrinal, défendant un « *empirisme juridique* », s'est attaché à montrer que seuls des principes doctrinaux induits de la réalité du droit positif en vigueur, peuvent être considérés comme relevant d'une véritable démarche scientifique.

Enfin et cette dernière période demeure en cours, le développement de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, caractérisée par son empirisme, ouvre la voie à un « *empirisme jurisprudentiel* ». Il s'agit alors pour la doctrine, d'induire les principes généraux du droit constitutionnel, des décisions du juge.

Témoignant de l'inadaptation des principes à la réalité du droit, ces trois moments furent l'occasion d'en reconsidérer le fondement, afin de les rapporcher du droit positif en vigueur.

Par conséquent, si l'évolution de la discipline a toujours justifié des approches empiriques, jamais véritablement elles n'ont permis de réunir l'ensemble des conséquences qui aurait impliqué une reconsidération de fond, des principes conceptuels qui font autorité depuis la période classique.

Néanmoins, la publication d'un manuel récent, s'il ne permet pas de tirer des conclusions générales sur cet aspect, apparaît singulier dans sa démarche. Sous-titré *Les grandes décisions de la jurisprudence*, cet ouvrage publié conjointement par les Professeurs Verpeaux, de Montalivet, Roblot-Troizier et Vidal-Naquet, est en réalité un véritable manuel de droit constitutionnel d'un type nouveau[2515].

Dès les premières phrases de l'introduction, l'objet est clairement déterminé. En effet, il est précisé que « *En choisissant d'aborder le droit constitutionnel par l'étude des grandes décisions de la jurisprudence, cet ouvrage tire les conséquences de la mutation profonde qu'a connue le droit constitutionnel au cours des trente dernières années*[2516] ». Mettant dos à dos le constitutionnalisme ancien et les premières constitutions écrites qui se sont efforcées d'encadrer l'exercice du pouvoir politique, et la période contemporaine marquée par la création d'une justice constitutionnelle, les auteurs entendent insister sur le fait qu'aujourd'hui, la Constitution est une véritable norme appliquée par le Conseil constitutionnel ainsi que par les juridictions ordinaires voire les juridictions européennes[2517]. Il s'agit alors d'un ouvrage qui s'est fixé comme objet d'analyse, la seule jurisprudence.
Pourtant, l'ouvrage ne correspond pas aux publications classiques qui traitent de la jurisprudence constitutionnelle, c'est-à-dire les recueils traditionnels de jurisprudence, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*[2518] au premier chef, ou les manuels de contentieux constitutionnel[2519]. Précisément, les auteurs qualifient cet ouvrage de « *manuel*[2520] » et ils précisent pour être plus explicite, que « ***ce manuel de « Droit constitutionnel » a donc pour objet de présenter les éléments essentiels et les enjeux de la matière selon un plan qui peut être celui d'un enseignement, mais à partir du commentaire des principales décisions de jurisprudence***[2521] ».

[2515] M. Verpeaux, P. de Montalivet, A. Roblot-Troizier, A. Vidal-Naquet, *Droit constitutionnel. Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, PUF, 2011, 539 p.
[2516] *Ibid.*, introduction, p. 1.
[2517] *Ibid.*, p. 2 : « *Le droit constitutionnel est aujourd'hui fondé sur une norme, la Constitution, que l'ensemble des juridictions sont appelées à utiliser et à faire vivre* ».
[2518] Voir L. Favoreu, L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 16e éd., Paris, Dalloz, 2011, 589 p.
[2519] Not. G. Drago, *Contentieux constitutionnel français*, 3e éd., Paris, PUF, 2011, 683 p. ; D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, 9e éd., Paris, Montchrestien, 2010, 586 p.
[2520] M. Verpeaux, P. de Montalivet, A. Roblot-Troizier, A. Vidal-Naquet, *Droit constitutionnel. Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, introduction, p. 2.
[2521] *Ibid.*

Dès lors, c'est l'ensemble des objets du droit constitutionnel général qui est appréhendé au travers de la jurisprudence constitutionnelle, les règles d'organisation et de fonctionnement des pouvoirs publics, comme celles qui sont relatives aux droits et libertés. Traduisant ces objets dans la forme, le manuel *Droit constitutionnel* est composé de quatre parties, c'est-à-dire « *Les fondements du droit constitutionnel* », « *Le droit constitutionnel institutionnel* », « *Le droit constitutionnel normatif* » et enfin « *Le droit constitutionnel des droits et libertés*[2522] ». Davantage, au sein de ces parties, les auteurs abordent tout à la fois la notion de « *Constitution*[2523] », et par extension celle de pouvoir constituant, la notion de « *souveraineté*[2524] », de « *Etat*[2525] », de « *séparation des pouvoirs*[2526] » ou encore de « *pouvoir exécutif*[2527] ».

Dans le fond, c'est-à-dire dans le contenu de ces rubriques qui correspondent à la partie générale d'un manuel en droit constitutionnel, les auteurs ne se contentent pas d'une analyse strictement juridique. Précisément, si le cœur de l'analyse repose sur la jurisprudence constitutionnelle, chaque principe est présenté dans ses dimensions politiques, historiques ou philosophiques. Par exemple, le propos introductif s'agissant des « *fondements du droit constitutionnel* », est éclairant. En effet, les auteurs relèvent que si la discipline a longtemps privilégié l'étude des institutions politiques dans leur fonctionnement réel, le droit constitutionnel correspond aujourd'hui, depuis la création d'une justice constitutionnelle, au droit de la Constitution. Néanmoins, une telle évolution, et il s'agit toujours du propos suivi par le manuel *Droit constitutionnel*, ne doit pas méconnaitre « *la dimension politique du droit constitutionnel*[2528] ». En pratique, la Constitution[2529] est qualifiée « *d'acte politique*[2530] » et elle est chargée de déterminer les règles d'organisation et de fonctionnement des pouvoirs publics. De la même façon, il est rappelé que l'organisation institutionnelle repose sur la tradition libérale héritée du XVIIIe siècle, notamment le principe de séparation des pouvoirs conceptualisé par Locke ou Montesquieu[2531].

[2522] *Ibid.*
[2523] *Ibid.*, p. 5 et suiv.
[2524] *Ibid.*, p. 30 et suiv.
[2525] *Ibid.*, p. 56 et suiv.
[2526] *Ibid.*, p. 115 et suiv.
[2527] *Ibid.*, p. 133 et suiv.
[2528] *Ibid.*, p. 3.
[2529] De la même façon, la constitution est définie à la fois dans une dimension matérielle et formelle. *Ibid*., p. 5.
[2530] *Ibid.*, p. 3.
[2531] *Ibid.*, p. 112.

Pour toutes ces raisons, le récent manuel publié par les Professeurs Verpeaux, de Montalivet, Roblot-Troizier et Vidal-Naquet, constitue le premier manuel qui se rapproche d'une analyse des principes généraux du droit constitutionnel avec pour seul fondement, la jurisprudence constitutionnelle.

Aussi, à la question, posée par le Professeur Jean-Marie Denquin en 2000, de savoir « ***comment articuler le droit constitutionnel jurisprudentiel et le droit constitutionnel institutionnel ?***[2532] », une prise en compte plus franche de la jurisprudence empirique vers la reconsidération des principes conceptuels du droit constitutionnel - les grands principes institutionnels de l'Etat construits à la fin du XIXe siècle - pourrait permettre de réunir les deux facettes d'une même discipline : le droit constitutionnel, droit de l'organisation des pouvoirs publics et des droits et libertés des citoyens.

[2532] J-M. Denquin, « Repenser le droit constitutionnel », *Droits*, 2000, p. 3.

BIBLIOGRAPHIE

Sommaire

I/ Généralités sur le droit 571

II/ Philosophie et théorie du droit 575

III/ Droit administratif 577

IV/ Le droit constitutionnel 581
A/ Sur le droit constitutionnel général 581
B/ Sur la doctrine constitutionnaliste et la pensée politique 597
C/ Sur le Conseil constitutionnel et la jurisprudence 601
D/ La justice constitutionnelle à l'étranger 612

V/ Jurisprudence 614
A/ Arrêts du Conseil d'Etat 614
B/ Décisions du Conseil constitutionnel 614
1/ Le contrôle *a priori* de constitutionnalité des lois 614
a/ Sur la décentralisation et le principe constitutionnel de « *libre administration des collectivités territoriales* »
b/ Sur l'articulation entre le droit interne et le droit international et le principe constitutionnel de « *conditions essentielles de souveraineté nationale* »
c/ Sur la privatisation d'entreprises publiques et le principe constitutionnel de « *service public constitutionnel* »
d/ Sur la répartition des compétences entre le Gouvernement et le Parlement et spécialement celles relatives aux catégories d'établissements publics
e/ Conseil constitutionnel et principe de sécurité juridique
f/ Le principe de séparation des pouvoirs
g/ La procédure devant le Conseil constitutionnel
h/ Les droits et libertés
Le principe d'égalité

Le droit de propriété
La liberté d'expression
L'indépendance des enseignants-chercheurs
Le droit de l'environnement
La dignité de la personne humaine
Le droit de disposer d'un logement décent
La liberté contractuelle

2/ Le contrôle de constitutionnalité par voie d'exception 622
a/ La notion de « *droit* » ou « *liberté* » au sens de l'article 61-1 de la Constitution
b/ Le principe d'égalité
c/ Le retrait ou l'abrogation des actes juridiques
d/ Le droit de propriété
e/ Les règles du procès équitable
f/ Le principe d'indépendance de la justice
g/ Le principe de liberté
La liberté d'aller et venir
La liberté d'expression
La liberté d'entreprendre
h/ Le principe d'indépendance des enseignants-chercheurs
i/ Le droit à la retraite
j/ Le droit de l'environnement

I/ Généralités sur le droit

Manuels

AUTEXIER (Ch.), *Introduction au droit public allemand*, Paris, PUF, 1997, 379 p.

BERGEL (J-L.), *Méthodologie juridique*, Paris, PUF, 2001, 408 p.

BERGEL (J-L.), *Théorie générale du droit*, 4e éd., Paris, Dalloz, 2004, 374 p.

CLAPIE (M.), *Institutions européennes*, Paris, Flammarion, 2003, 415 p.

CUNIBERTI (G.), *Grands systèmes de droit contemporain*, Paris, LGDJ, 2007, 418 p.

DAVID (R.), JAUFFRET- SPINOSI (C.), *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11e éd., Paris, Dalloz, 2002, 553 p.

FAVOREU (L.) et *alii*, *Droit des libertés fondamentales*, 5e éd., Paris, Dalloz, 2009, 685 p.

GAUDEMET (E.), *Théorie générale des obligations*, (1937), Paris, Dalloz, 2004, 495 p.

HEMARD (J.), *Précis élémentaire de droit civil*, 2 t., 2e éd., Paris, 1932.

NAY (O.), *Histoire des idées politiques*, Paris, Dalloz, 2004, 592 p.

SEILER (D-L.), *La méthode comparative en science politique*, Paris, Dalloz, 2004, 264 p.

Monographies et ouvrages

BLUCHE (Fr.), *Le prince, le peuple et le droit. Autour des plébiscites de 1851 et 1852*, Paris, PUF, 2000, 318 p.

BONNECASE (J.), *La pensée juridique française de 1804 à l'heure présente, ses variations, ses traits essentiels*, 2 vol., Bordeaux, Delmas, 1933.

CARBONNIER (J.), *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Paris, Flammarion, 1996, 276 p.

CHEVALLIER (J.), *L'Etat post- moderne*, 3e éd., Paris, LGDJ, 2008, 226 p.

COLAS (D.) (Dir.), *L'Etat de droit*, Travaux de la mission sur la modernisation de l'Etat, Paris, PUF, 1987, 254 p.

CROISAT (M.), QUERMONNE (J-L.), *L'Europe et le fédéralisme*, Paris, Montchrestien, 1999, 156 p.

DAVID (R.), BLANC- JOUVAN (X.), *Le droit anglais*, 9e éd., Paris, PUF, coll. Que- sais-je ?, 2001, 127 p.

DRAGO (R.), (Dir.), *La confection de la loi*, Paris, PUF, 2005, 308 p.

JESTAZ (Ph.), JAMIN (Ch.), *La doctrine*, Paris, Dalloz, 2004, 314 p.

MALAURIE (Ph.), *Anthologie de la pensée juridique*, 2e éd., Paris, Cujas, 2001, 376 p.

VEIL (S.) (Dir.), *Redécouvrir le Préambule de la Constitution*, Paris, La Documentation Française, 2009, 207 p.
WARSMANN (J-L.) (Dir.), *Simplifions nos lois pour guérir un mal français*, Paris, La Documentation française, 2009, 238 p.

Actes de colloques et journées d'étude

CAUDAL (S.) (Dir.), *Les principes en droit*, Paris, Economica, 2008, 384 p.
HAKIM (N.), MELLERAY (F.) (Dir.), *Le renouveau de la doctrine française. Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XXe Siècle*, Paris, Dalloz, 2009, 330 p.
HECQUARD-THERON (M.) (Dir.), *Les Facultés de Droit inspiratrices du droit ?*, Toulouse, Presses de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 2005, 234 p.
PONTIER (J-M.) (Dir.), *La simplification du droit*, Aix- Marseille, PUAM, 2006, 378 p.
PONTIER (J-M.) (Dir.), *Les principes et le droit*, Aix- Marseille, PUAM, 2007, 450 p.
POUSSON (J.), RUEDA (F.), *Qu'en est-il de la simplification du droit?*, Toulouse, Presses de l'Université de Toulouse, 2010, 358 p.

Thèses

GUIGNARD (D.), *La notion d'uniformité en droit public français*, Paris, Dalloz, Ed. Nouvelle Bibliothèque des thèses, 2004, 727 p.
PECHILLON (E.), *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, Paris, LGDJ, 1998, 627 p.
PIAZZON (T.), *La sécurité juridique*, Paris, Lextenso, 2009, 630 p.
SAVAUX (E.), *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, Paris, LGDJ, 1997, 382 p.

Dictionnaires

ALLAND (D.), RIALS (S.) (Dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, coll. Quadrige, 2003, 1649 p.
ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), GAUDIN (H.), MARGUENAUD (J-P.) et *alii* (Dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2008, 864 p.
ARNAUD (A-J.) (Dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2e éd., Paris, LGDJ, 1993, p. 474.
CORNU (G.) (Dir.), *Vocabulaire juridique*, 6e éd., Paris, PUF, 2004, 968 p.
DUHAMEL (O.), MENY (Y.), *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, PUF, 1992, 1112 p.
GERARD (P.), *Lexique des collectivités locales*, Paris, PUF, 1995, 127 p.

LALANDE (A.) (Dir.), *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, PUF, 2002, 1323 p.

RAYNAUD (Ph.), RIALS (S.), *Dictionnaire de philosophie politique*, 3e éd., Paris, PUF, 2003, 776 p.

SALMON (J.), GUILLAUME (G.) (Dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles Bruylant, 2001, 198 p.

Articles

ATIAS (Ch.), LINOTTE (D.), « Le mythe de l'adaptation du droit au fait », *D.* 1977, chron., p. 251.

BISCAREL (B.), « Le principe de sécurité juridique et le droit de l'urbanisme », *in* PONTIER (J-M.) (Dir.), *Les principes et le droit*, Aix-en-Provence, PUAM, 2007, p. 105.

CAMBY (J-P.), « Sécurité juridique et insécurité jurisprudentielle », *RDP*, 2006, n° 6, p. 1505.

CARTIER (E.), « Publicité, diffusion et accessibilité de la règle de droit dans le contexte de la dématérialisation des données juridiques », *AJDA*, 2005, p. 102.

DE CLAUSADE (J.), « Sécurité juridique et complexité du droit : le développement des lois techniciennes », *LPA*, 5 juillet 2007, n° 134, p. 4.

DELAMARRE (M.), « La sécurité juridique et le juge administratif français », *AJDA*, 2004, p. 186.

DELLEY (J-D.), FLUKIGER (A.), « La légistique: une élaboration méthodique de la législation », *in* DRAGO (R.) (Dir.), *La confection de la loi*, Paris, PUF, 2005, p. 83.

DEUMIER (P.), « Création du droit et rédaction des arrêts par la Cour de cassation », *in* FOYET (J.), CANIVET (G.) (Dir.), *La création du droit par le juge*, *Archives de philosophie du droit*, 2007, p. 41.

ESMEIN (A.), « La jurisprudence et la doctrine », *RTDCiv*, 1902, p. 5.

ESMEIN (A.), « Le droit comparé et l'enseignement du droit », *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, 1900, p. 489.

GONOD (P.), « La simplification du droit par ordonnances », *AJDA*, 2003, p. 1652.

GUILLAUMONT (O.), « La simplification réformatrice des règles d'entrée en vigueur des lois et règlements », *in* PONTIER (J-M.) (Dir.), *La simplification du droit*, Aix-en-Provence, PUAM, 2006, p. 7.

JAN (P.), « La simplification du droit », *RDP*, 2003, p. 1511.

MAULIN (E.), « L'invention des principes », *in* S. Caudal (Dir.), *Les principes en droit*, Paris, Economica, 2008, p. 25.

MOLFESSIS (N.), « Simplification du droit et déclin de la loi », *RTDCiv*, 2004, p. 155.

PONTIER (J-M.), « Brèves remarques sur la simplification du droit », *in* PONTIER (J-M.) (Dir.), *La simplification du droit*, Aix-en-Provence, PUAM, 2006, p. 7.

PONTIER (J-M.), « Considérations générales sur les principes en droit », *in* PONTIER (J-M.) (Dir.), *Les principes et le droit*, Aix-Marseille, PUAM, 2007, p. 9.

RADE (Ch.), « De la rétroactivité des revirements de jurisprudence », *D*. 2005, p. 988.

RIVERO (J.), « Réflexions sur l'enseignement du droit », *Mélanges Trotabas*, p.447.

TABAKA (B.), « La dématérialisation du Journal officiel: vers un droit saisi par la technique? », *RDP*, 2003, p. 1522.

TROVATELLO (V.), « Simplification du droit, légistique et cyberlégistique », *in* PONTIER (J-M.) (Dir.), *La simplification du droit*, Aix-en-Provence, PUAM, 2006, p. 221.

H/ Recueils

COMITE NATIONAL CHARGE DE LA PUBLICATION DES TRAVAUX PREPARATOIRES DES INSTITUTIONS DE LA Ve REPUBLIQUE, *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, 4 vol., La Documentation française, Paris, 1987.

COMMISSION DE LA CONSTITUTION, *Comptes rendus analytiques en exécution de la résolution votée par l'Assemblée le 26 avril 1946*, 2 vol., Imprimerie de l'Assemblée nationale constituante, 1946.

DELPECH (J.), LAFERRIERE (J.), *Les Constitutions modernes. Europe, Afrique, Asie, Océanie, Amérique*, 6 vol., 4e éd., Paris, Sirey, 1928.

DUGUIT (L.), MONNIER (H.), *Les Constitutions et les principales lois politiques de la France depuis 1789*, Paris, LGDJ, 1898, 350- 69 p.

FAVOREU (L.) (Dir.), *La justice constitutionnelle, Belgique – Espagne - Italie – Allemagne*, La documentation Française, documents d'études, n° 1.16, 1998, 59 p.

FAVOREU (L.), PHILIP (L.), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 13e éd., Paris, Dalloz, 2005, 1065 p.

REDSLOB (R.), *Le régime parlementaire. Etude sur les institutions d'Angleterre, de Belgique, de Hongrie, de Suède, de France, de Tchécoslovaquie, de l'Empire Allemand, de Prusse, de Bavière et d'Autriche*, Paris, M. Giard, 1924, 356 p.

RIALS (S.), *Textes constitutionnels étrangers*, 12e éd., Paris PUF, 2005, 127 p.

FAVOREU (L.) (Dir.), *La justice constitutionnelle, Belgique–Espagne-Italie–Allemagne*, La documentation Française, documents d'études, n° 1.16, 1998, 59 p.
MATHIEU (B.), MACHELON (J-P.), MELIN-SOUCRAMANIEN (F.), ROUSSEAU (D.), PHILIPPE (X.) (Dir.), *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel* (1958- 1983), Paris, Dalloz, 2009, 473 p.
ZOLLER (E.), *Les grands arrêts de la Cour suprême des Etats- Unis*, Paris, Dalloz, 2010, 922 p.

II/ Philosophie et théorie du droit

Monographies et ouvrages

BACHELARD (G.), *La formation de l'esprit scientifique. Contribution à une psychanalyse de la connaissance*, 15e éd., Paris, Vrin, 1993, 256 p.
BESNIER (J-M.), *Les théories de la connaissance*, Paris, PUF, 2005, p. 11.
BOBBIO (N.), *Essai de théorie du droit*, Paris, LGDJ, 1998, 286 p.
BODIN (J.), *Les six livres de la République*, impr. de Jean de Tournes, Lyon, 1579, 759 p.
DABIN (J.), *La technique de l'élaboration du droit positif spécialement du droit privé*, Paris, Sirey, 1935, 367 p.
DABIN (J.), *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 1969, 424 p.
DESCARTES (R.), *Discours de la méthode* (1637), Paris, Garnier- Fammarion, 1966, 249 p.
DU PASQUIER (C.), *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*, 3e éd., Neuchatel, Delachaux et Niestlé, 1948, 364 p.
GENY (Fr.), *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2e éd., Paris, LGDJ, 2 t., 1954.
GRZEGORCZYK (Ch.), MICHAUT (F.), TROPER (M.), *Le positivisme juridique*, Paris, LGDJ, 1992, 535 p.
HARRIS (E. E.), *Nature, esprit et science moderne*, Lausanne, l'Age d'Homme, coll. Raison dialectique, 1979, 479 p.
HOBBES (Th.), *Léviathan, Traité de la matière, de la forme et du pouvoir de la République ecclésiastique et civile* (1651), Dalloz, 1999, 780 p.
JOUANJAN (O.), *Dossiers. Théories réalistes du droit*, Annales de la Faculté de droit de Strasbourg, Strasbourg, PUS, 2000, 236 p.
KELSEN (H.), *Théorie pure du droit* (trad. Fr. 1962), Paris, LGDJ, 367 p.
MACHIAVEL (N.), *Le Prince* (1513), Paris, Flammarion, 1992, 220 p.

MILLARD (E.), *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 2006, 136 p.

MULLER (F.), *Discours de la méthode juridique*, Paris, PUF, 1996, 438 p.

OST (Fr.), VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint- Louis, 2002, 596 p.

ROUSSEAU (J-J.), *Du contrat social* (1762), Paris, Flammarion, 1996.

SIEYES (E.), *Qu'est-ce que le Tiers-Etat ?*, (1822), Paris, Flammarion, 2002, 188 p.

TIMSIT (G.), *Les figures du jugement*, Paris, PUF, 1993, 204 p.

TROPER (M.), *La philosophie du droit*, 2e éd., Paris, PUF, 2008, p. 26.

VILLEY (M.), *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, PUF, coll. Quadrige, 2006, 624 p.

VIRALLY (M.), *La pensée juridique* (1960), Paris, LGDJ, 1988, 225 p.

Actes de colloques et journées d'étude

AMSELEK (P.) (Dir.), *Interprétation et droit*, Bruxelles, Bruylant, 1995, 245 p.

FOYER (J.), CANIVET (G.) (Dir.), *La création du droit par le juge*, *Archives de Philosophie du droit*, 2007, 470 p.

Articles

CARRE DE MALBERG (R.), « Réflexions très simples sur l'objet de la science du droit », *Recueil d'études sur les sources du droit, en l'honneur de François Gény*, vol. 1, Paris, Sirey, 1934, p. 192.

CHENOT (B.), « L'Existentialisme et le Droit », *RFSP* 1953, p. 57.

EISEMANN (Ch.), « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *APD*, 1966, t. XI, p. 25.

OST (Fr.), VAN DE KERCHOVE (M.), « Le juge, entre ordre et désordre », *in Dire le droit, faire justice*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 61.

TROPER (M.), « Libre administration et théorie générale du droit. Le concept de libre administration », MOREAU (J.), DARCY (G.) (Dir.), *La libre administration des collectivités locales. Réflexion sur la décentralisation*, Aix- en- Provence, PUAM, 1984, p. 55.

III/ Droit administratif

Manuels

BATBIE (A.), *Précis du cours de droit public et administratif*, 3e éd., Paris, Cotillon, 1869, 872 p.

BATBIE (A.), *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, 2e éd., 9 vol., Paris, Larose et Forcel, 1885

BONNARD (R.), *Précis de droit administratif*, 4e éd., Paris, LGDJ, 1943, 786 p.

BOUCHENE-LEFER (A. G. D.), *Principes et notions élémentaires (pratiques, didactiques et historiques) du droit public- administratif ou précis de l'organisation politique et administrative de la France de 1789 à ce jour*, Paris, Cosse et Marchal, 1862,

CABANTOUS (L. P. F.), *Répétitions écrites sur le droit administratif contenant l'exposé des principes généraux, leurs motifs et la solution des questions théoriques*, 5e éd., Paris, A. Marescq Ainé, 1873, 931 p.

CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, t. 1, 14e éd., Paris, Montchrestien, 2000, 1399 p.

DUCROCQ (T.), *Cours de droit administratif : contenant l'exposé et le commentaire de la législation administrative dans son dernier état, avec la reproduction des textes principaux, dans un ordre méthodique*, Paris, E. Thorin, 1877.

FOUCART (E. V.), *Eléments de droit public et administratif, ou exposition méthodique des principes du droit public positif*, 4e éd., 2t., Paris, A. Maresque et E. Dujardin, 1855.

FRIER (P-L.), PETIT (J.), *Précis de droit administratif*, 5e éd., Paris, Montchrestien, 2008, 552 p.

GILLES (G.), GUGLIELMI (G.), KOUBI (G.), *Droit du service public*, Montchrestien, coll. Domat Droit Public, Paris, 2000, 585 p.

LAFERRIERE (Ed.), *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2 t., Paris, Berger- Levrault et Cie, 1887.

LAFERRIERE (M. F.), *Cours de droit public et administratif mis en rapport avec les lois nouvelles et précédé d'une introduction historique*, 2 vol, Paris, Cotillon, 1860.

LE MESTRE (R.), *Droit du service public*, Paris, EJA, éd. Gualino, 2005, 532 p.

VERPEAUX (M.), *Droit des collectivités territoriales*, 2e éd., Paris, PUF, 2008, 328 p.

WALINE (J.), *Droit administratif*, 23e éd., Paris, Dalloz, 2010, 728 p.

Ouvrages et monographies

AUBY (J-B.), *la décentralisation et le droit*, Paris, LGDJ, 2006, 154 p.

AUBY (J-B.), AUBY (J-F.), NOUGUELLOU (R.), *Droit des collectivités locales*, 5e éd., Paris, PUF, 2009, 395 p.

DURUPTY (M.), *Les privatisations en France*, notes et études documentaires, La Documentation Française, Paris, 1988, n°4857, p. 46.

EISENMANN (Ch.), *Centralisation et décentralisation, esquisse d'une théorie générale*, Paris, LGDJ, 1948, 330 p.

TOUZEIL-DIVINA (M.), *La doctrine publiscite (1800-1880). Eléments de patristique administrative*, Paris, La Mémoire du Droit, 2009.

Actes de colloque et journées d'étude

ASSOCIATION FRANCAISE POUR LA RECHERCHE EN DROIT ADMINISTRATIF, *La doctrine en droit administratif*, Paris, Litec, 2010, 246 p.

LAFARGE (P.) (Dir.), *Etablissements pénitentiaires à gestion mixte*, Paris, Pédone, 1997, 78 p.

MODERNE (Fr.) (Dir.), *La nouvelle décentralisation*, Paris, Sirey, coll. Bibliothèque des collectivités locales, 1983, p. 15.

MOREAU (J.), DARCY (G.), (Dir.), *La libre administration des collectivités locales. Réflexion sur la décentralisation*, Aix-en-Provence, PUAM, 1984, 468 p.

YOLKA (Ph.) (Dir.), *La doctrine en droit administratif*, Paris, Litec, 2010, p. 256 p.

Thèses

COSTA (D.), *Les fictions juridiques en droit administratif*, Paris, LGDJ, 2000, 614 p.

DEGUERGUE (M.), *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, Paris, LGDJ, 1994, 883 p.

DOAT (M.), *Recherche sur la notion de collectivité locale en droit administratif français*, Paris, LGDJ, 2003, 317 p.

DRAGO (R.), *Les crises de la notion d'établissement public*, Paris, Pédone, 1950, 286 p.

FORTSAKIS (Th.), *Conceptualisme et empirisme en droit administratif français*, Paris, LGDJ, 1987, 542 p.

SFEZ (L.), *Essai sur la contribution du Doyen Hauriou au droit administratif français*, Paris, LGDJ, 1966, 520 p.

THERON (J-P.), *Recherche sur la notion d'établissement public*, Paris, LGDJ, 1976, 329 p.

TOUZEIL-DIVINA (M.), *Eléments d'histoire de l'enseignement du droit public : la contribution du doyen FOUCART (1799-1860)*, 2 vol., Poitiers, LGDJ, coll. de la Faculté de Droit et des Sciences sociales de Poitiers, 2007.

Articles

BIENVENU (J-J.), « Remarques sur quelques tendances de la doctrine contemporaine en droit administratif », *Droits*, n° 1, 1985, p. 156.

CHENOT (B.), « La notion de service public dans la jurisprudence économique du Conseil d'Etat », *EDCE*, 1950, n° 4, p. 77.

DELVOLVE (P.), « Service public et libertés publiques », *RFDA*, 1985, p. 1.

DOUENCE (J-Cl.), « Des collectivités locales uniformes ou différenciées », *AJDA*, 2002, p. 465.

DOUENCE (J-Cl.), « Le rattachement des établissements publics à une collectivité territoriale. Le cas des établissements publics locaux », *AJDA*, 1971, p. 7.

FATOME (E.), « A propos de la distinction entre les établissements publics à caractère administratif et les établissements publics à caractère industriel et commercial », *in Mélanges René Chapus*, Paris, Montchrestien, 1992, p. 171.

GAUTIER (M.), MELLERAY (F.), « Le Conseil d'Etat et l'Europe : fin de cycle ou nouvelle ère », *DA*, 2007, p. 9.

GEFFRAY (E.), « La procédure de consultation des électeurs en cas de fusion de communes », *Commune de Dunkerque*, *RFDA*, 2010, p. 713.

GUYOMAR (M.), « L'application de la jurisprudence Association AC ! à l'annulation d'une décision individuelle », *AJDA*, 2008, p. 638.

GUYOMAR (M.), « Le contrôle de constitutionnalité d'un règlement transposant une directive communautaire », *RFDA*, 2007, p. 384.

GUYOMAR (M.), « Les dispositions du code de l'expropriation et du code de l'urbanisme qui prévoient la mise en compatibilité des documents d'urbanisme avec une opération déclarée d'utilité publique méconnaissent- elles le principe de la libre administration des collectivités territoriales ? », *BJCL*, 2010, n° 9/10, p. 594.

LATOURNERIE (R.), « Sur un Lazare juridique ; Bulletin de santé de la notion de service public ; agonie ?convalescence ?ou jouvence ? », *EDCE*, 1960, n° 14, p. 61.

MILLARD (E.), « Ce que « doctrine » veut dire », *in* YOLKA (Ph.) (Dir.), *La doctrine en droit administratif*, Paris, Litec, 2010, p. 3.

PACTEAU (B.), « La doctrine, auteur, acteurs du droit administratif… », *in* M. Hecquard-Théron (Dir.), *Les facultés de Droit inspiratrices du droit ?*, Toulouse, Presses de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 2005, p. 83.

PACTEAU (B.), « La sécurité juridique, un principe qui nous manque ? », *AJDA*, 1995, p. 151.

RIVERO (J.), « Apologie pour les faiseurs de systèmes », *D.* 1951, chron. n° XXIII, p. 23.

RIVERO (J.), « Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif », *EDCE*, 1955, p. 27.

RIVERO (J.), « Le juge administratif français : un juge qui gouverne ? », *D.* 1951, chron., p. 6.

RIVERO (J.), « Le juge administratif : gardien de la légalité administrative ou gardien administratif de la légalité ? », *Pages de doctrine*, Paris, LGDJ, 1980, p. 323.

ROUVILLOIS (F.), « Le raisonnement finaliste du juge administratif », *RDP*, 1990, n° 2, p. 1817.

SAULNIER- CASSIA (E.), « Le Conseil d'Etat fait une application extensive et clarificatrice de sa décision Association AC ! », *JCP A*, 11 avril 2005, n° 15, p. 1162.

VEDEL (G.), « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser et réparer la voie de fait administrative », *JCPG* 1950, I, p. 851.

VEDEL (G.), « Les bases constitutionnelles du droit administratif », *EDCE*, 1954, n° 8, p. 21.

VELLEY (S.), « La constitutionnalisation d'un mythe : justice administrative et séparation des pouvoirs », *RDP*, 1989, p. 775.

WALINE (M.), « Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut- il tuer les catégories juridiques ? », *in Mélanges Dabin*, Bruxelles, Bruylant, 1963, t. 1, p. 359.

Rapports du Conseil d'Etat

CONSEIL D'ETAT, *De la sécurité juridique*, *EDCE*, 1991, n°43.

CONSEIL D'ETAT, *Sécurité juridique et complexité du droit*, Rapport public pour l'année 2006, disponible sur le site internet de la Documentation française à l'adresse suivante : www.ladocumentationfrancaise.com.

CONSEIL D'ETAT, *Etude sur les établissements publics. Réflexion sur les catégories et les spécificités des établissements nationaux*, Paris, La Documentation française, 2010, 133 p.

IV/ Le droit constitutionnel

A/ Sur le droit constitutionnel général

Manuels[2533]

ANSON (W.), *Loi et pratique constitutionnelles de l'Angleterre*, 2 vol., Paris, Giard et Brière, 1905.

ARDANT (Ph.), *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 10e éd., Paris, LGDJ, 1998, 612 p.

ARDANT (Ph.), MATHIEU (B.), , *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 20e éd., Paris, LGDJ, 2008, 610 p.

BARTHELEMY (J.), DUEZ (P.), *Traité de droit constitutionnel* (1926), Paris, LGDJ, coll. Panthéon- Assas, 2004, 955 p.

BARTHELEMY (J.), *Précis de droit constitutionnel*, 4e éd., paris, Dalloz, 1938, 447 p.

BURDEAU (G.), *Cours de droit constitutionnel*, 4e éd., Paris, LGDJ, 1946, 279 p.

BURDEAU (G.), *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 8e éd., Paris, LGDJ, 1959, 512 p.

BURDEAU (G.), *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 9e éd., Paris, LGDJ, 1962, 570 p.

BURDEAU (G.), *Traité de science politique*, 3e éd., 6 t., Paris, LGDJ, 1980.

CADART (J.), *institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, Les cours de droit, 1973, 1525 p.

CAMY (O.), *Droit constitutionnel critique*, Paris, L'Harmattan, 2007, 122 p.

CARRE DE MALBERG (R.), *Contribution à la théorie générale de l'Etat, spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français* (1920), Paris, Dalloz, 2003, 638 p.

CHAGNOLLAUD (D.), *Droit constitutionnel contemporain*, 6e éd., 3 t., Paris, Dalloz, 2009.

CHANTEBOUT (B.), *Droit constitutionnel et science politique*, 2e éd., Paris, Economica, 1979, 661 p.

CHATEBOUT (B.), *Droit constitutionnel*, 24e éd., Paris, Sirey, 2007, 598 p.

CONSTANTINESCO (V.), PIERRE-CAPS (S.), *Droit constitutionnel*, 4e éd., Paris, PUF, 2009, 567 p.

[2533] Seules les différentes éditions d'un même manuel utilisées dans le corps de la thèse figurent dans la bibliographie.

DE GUILLENCHMIDT (M.), *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 2e éd., Paris, Economica, 2008, 493 p.

DE LACHARRIERE (R.), BOUISSOU (M.), *Droit constitutionnel*, 4 vol., Paris, Les cours de droit, 1970- 1971.

DEBBASCH (R.), BOURDON (J.), PONTIER (J-M.), RICCI (J-Cl.), *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 4e éd., Paris, Econmica, 2001, 1033 p.

DEBBASCH (R.), *Droit constitutionnel*, 7e éd., Paris, Litec, 2010, 277 p.

DICEY (A. V.), *Introduction à l'étude du droit constitutionnel*, Edition française, Paris, Giard et Brière, 1902, 217 p.

DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Fontemoing et cie, 5 vol., 1921-1925.

DUHAMEL (O.), *Droit constitutionnel et politique*, Paris, Editions du Seuil, 1993, 897 p.

DUVERGER (M.), *Cours de droit constitutionnel*, Mollat, Bordeaux, 1944-1945, 254 p.

DUVERGER (M.), *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 6e éd., Paris, PUF, 1955, 651 p.

DUVERGER (M.), *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 8e éd., Paris, PUF, 1965, 767 p.

DUVERGER (M.), *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 16e éd., 2 t., Paris, PUF, 1982.

DUVERGER (M.), *Manuel de droit constitutionnel et de science politique*, 5e éd., Paris, PUF, 1948, 403 p.

ESMEIN (A.), *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, 8e éd., Paris, L. Tenin, 2 vol., 1927.

FAVOREU (L.) et *alii*, *Droit constitutionnel*, 10e éd., Paris, Dalloz, 2007, 988 p.

GICQUEL (J.), GICQUEL (J-E.), *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 20e éd., Paris, Monchrestien, 2005, 790 p.

GREWE (C.), RUIZ- FABRI (H.), *Droits constitutionnels européens*, Paris, PUF, 1995, 661 p.

HAMON (Fr.), TROPER (M.), *Droit constitutionnel*, 29e éd., Paris, LGDJ, 2005, 896 p.

HAURIOU (A.), *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 1re éd., Paris, Montchrestien, 1966, 826 p.

HAURIOU (A.), *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 4e éd., Paris, Montchrestien, 1970, 962 p.

HAURIOU (M.), *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, 4e éd., Paris, Sirey, 1938, 336 p.

HAURIOU (M.), *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1925, 307 p.

HAURIOU (M.), *Principes de droit public* (1910), Paris, Dalloz, 2010, 734 p.

JEANNEAU (B.), *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 6e éd., Paris, Dalloz, 1981, 427 p.

JELLINEK (G.), *L'Etat moderne et son droit* (1911), 2 vol., Paris, LGDJ, 2005.

LABAND (P.), *Droit public de l'Empire allemand*, 6 vol., Paris, V. Giard et E. Brière, 1900.

LAFERRIERE (J.), *Manuel de droit constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 1943, 895 p.

LE POURHIET (A-M.), *Droit constitutionnel*, Paris, Economica, 2007, 478 p.

LE POURHIET (A-M.), *Droit constitutionnel*, 3e éd., Paris, Economica, 2010, 537 p.

LECLERCQ (Cl.), *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 5e éd., Paris, Litec, 1987, 696 p.

LECLERCQ (Cl.), *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 10e éd., Paris, Litec, 1999, 657 p.

MACAREL (L. A.), *Eléments de droit politique*, Paris, Nève, Libraire de la Cour de Cassation, 1833, 516 p.

MATHIEU (B.), VERPEAUX (M.), *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 2004, 874 p.

MOLINIER (V.), *Cours élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, Arthur Rousseau, 1887.

PACTET (P.), *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 5e éd., Paris, Masson, 1981, 526 p.

PACTET (P.), MELIN-SOUCRAMANIEN (F.), *Droit constitutionnel*, 25e éd., Paris, Dalloz, 2006, 639 p.

PRELOT (M.), BOULOUIS (J.), *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 10e éd., Paris, Dalloz, 1987, 954 p.

PRELOT (M.), *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 2e éd., Paris, Dalloz, 1961, 856 p.

PRELOT (M.), *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 5e éd., Paris, Dalloz, 1972.

PRELOT (M.), *Précis de droit constitutionnel*, 3e éd., Paris, Dalloz, 1955, 556 p.

PRELOT (M.), *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1948, 606 p.

ROSSI (P.), *Cours de droit constitutionnel professé à la faculté de droit de Paris*, 4 vol., Paris, Guillaumin et Cie, 1866.

ROUVILLOIS (F.), *Droit constitutionnel*, 2e éd., 2 vol., Paris, Flammarion, 2005.

SAINT-GIRONS (A.), *Manuel de droit constitutionnel*, Paris, L. Larose et Forcel, 1884, 609 p.

SERRIGNY (D.), *Traité de droit public des français*, 2 vol., Paris, Joubert, 1846.

STUBBS (W.), *Histoire constitutionnelle de l'Angleterre, son origine et son développement*, t. 1, Paris, Giard et Brière, 1907, 920 p.

TISSOT (J.), *Principes du droit public*, 2 vol., Paris, Marescq Aimé, 1872.

TODD (A.), *Le gouvernement parlementaire en Angleterre*, 2 vol., Paris, V. Giard, 1900.

TURPIN (D.), *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 2003, 767 p.

VEDEL (G.), *Cours de droit constitutionnel et d'institutions politiques*, Paris, les cours de droit, 1968-1969, 660 p.

VEDEL (G.), *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, (1949), Paris, Dalloz, 2002, 616 p.

ZOLLER (E.), *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 1998, 629 p.

ZOLLER (E.), *Introduction au droit public*, Paris, Dalloz, 2006, 230 p.

Monographies et ouvrages

AMOS (M.), *La Constitution anglaise*, Paris, Sirey, 1935, 221 p.

AVRIL (P.), *Ecrits de théorie constitutionnelle et de droit politique*, Paris, Ed Panthéon-Assas, 2010, 319 p.

BARANGER (D.), *Ecrire la constitution non- écrite. Une introduction au droit politique britannique*, Paris, PUF, 2008, 315 p.

BARANGER (D.), *Le droit constitutionnel*, 5e éd., Paris, PUF, coll. Que sais- je ?, 127 p.

BARTHELEMY (J.), *Le gouvernement de la France ; tableau des institutions politiques, administratives et judiciaires de la France*, Paris, Payot, 1939, 255 p.

BASTID (P.), *L'idée de Constitution*, Paris, Economica, 1985, 197 p.

BEAUD (O.), *Théorie de la fédération*, Paris, PUF, 2007, 433 p.

BECK (J.), *La constitution des Etats-Unis*, Paris, Armand Colin, 1923, 256 p.

BIOY (X.) (Dir.), *L'identité du droit public*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2011, 279 p.

BLACKSTONE (W.), *Commentaires sur les lois anglaises* (1765-1769), 6 vol., Firmin Didot, 1822- 1823.

BLANC (L.), *Histoire de la constitution du 25 février 1875*, Paris, Charpentier, 1882, 315 p.

BOUTMY (E.), *Etudes de droit constitutionnel*, Paris, E. Plon, Nourrit et Cie, 1885, 272 p.

BURDEAU (G.), *Ecrits de droit constitutionnel et de science politique*, Paris, Ed Panthéon-Assas, 2011, 674 p.

CAPITANT (R.), *Ecrits d'entre-deux-guerres (1928-1940)*, Paris, LGDJ, 2004, 580 p.

CHEVALLIER (J.), *L'Etat de droit*, 4e éd., Paris, Montchrestien, coll. Clefs, 2003, 160 p.

COL (N.), *Burke, le contrat social et les révolutions*, Rennes, PUR, 2001, 280 p.

DE BROGLIE (V.), *Vues sur le gouvernement de la France*, Paris, Lévy, 1870, 367 p.

DE MAISTRE (J.), *Considérations sur la France* (1796), Paris, Imprimerie nationale Ed., 1994, 184 p.

DE TOCQUEVILLE (A.), *L'Ancien régime et la Révolution* (1856), Paris, Garnier-Flammarion, 1988, 411 p.

DEPPER (A.), *Commentaire de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et de 1793 à l'usage de l'Enseignement primaire, des Cours d'Adultes et d'Adolescents*, Paris, Gedalge, 1902, 168 p.

DESLANDRES (M.), *Histoire constitutionnelle de la France*, Paris, Sirey, 1937, 541 p.

EISENMANN (Ch.), *Ecrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, Paris, Editions Panthéon- Assas, 2002, 668 p.

FLAUSS (J-F.) (Dir.), *L'enseignement du droit constitutionnel*, Bruxelles, Bruylant, 2000, 215 p.

FRANCOIS (B.), *Naissance d'une Constitution : la Cinquième République : 1958- 1962*, Paris, Presses de la Fondation nationales des sciences politiques, 1996, 263 p.

FREEMAN (E. A.), *Le développement de la Constitution anglaise depuis les temps les plus reculés jusqu'à nos jours*, Paris, Guillaumin et Cie, 1877, 217 p.

GICQUEL (J.), SFEZ (L.), *Problèmes de la réforme de l'Etat en France depuis 1934*, Paris, PUF, 1965, 286 p.

HAMILTON (A.), JAY (J.), MADISON (J.), *Le Fédéraliste* (1787-1788), Paris, Economica, 1988, 788 p.

JELLINEK (G.), *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Contribution à l'histoire du droit constitutionnel moderne*, Paris, Fontemoing, 1902, 101 p.

JOUANJAN (O.) (Dir.), *Figures de l'Etat de droit*, Strasbourg, PUS, 2001, 410 p.

KOUBI (G.), CHEVALLIER (J.), MERCUZOT (B.) (Dir.), *Le préambule de la Constitution de 1946 : antinomies juridiques et contradictions politiques*, Paris, PUF, 1996, 296 p.

LABOULAYE (Ed.), *La République constitutionnelle*, Paris, Charpentier, 1871, 33 p.

LABOULAYE (Ed.), *Questions constitutionnelles*, Paris, Charpentier, 1872, 437 p.

LUCHAIRE (Fr.), *La protection constitutionnelle des droits et des libertés*, Paris, Economica, 1987, 501 p.

LUCHAIRE (Fr.), *Naissance d'une Constitution : 1848*, Paris, Fayard, 1998, 274 p.

MIRKINE-GUETZEVITCH (B.), *Les Constitutions de l'Europe nouvelle*, 10e éd., Paris, Delagrave, 1938, 336 p.

ORDINAIRE (M.), *Le vice constitutionnel et la révision*, Paris, Nouvelle librairie française, 1932, 63 p.

PAINE (Th.), *Les droits de l'homme* (1791-1792), Belin, 1987, 303 p.

PETROFF (M.), *L'éclipse du droit constitutionnel*, *in* BLUCHE (F.) (Dir.), *Le prince, le peuple et le droit. Autour des plébiscites de 1851 et 1852*, Paris, PUF, 2000, p. 161.

PREVOST-PARADOL (L. A.), *La France nouvelle*, Paris, Lévy, 1868, 423 p.

RANC (A.), *De Bordeaux à Versailles*, Paris, Decaux- Dreyfous, 1877, 402 p.

RIBERT (L.), *Esprit de la constitution du 25 février 1875*, Paris, Germer Baillère, 1875, 312 p.

ROUSSILLON (H.), BIOY (X.), MOUTON (S.), *Les nouveaux objets du droit constitutionnel*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, Toulouse, 2006, 409 p.

SAINT-GIRONS (A.), *Essai sur la séparation des pouvoirs dans l'ordre politique, administratif et judiciaire*, Paris, L. Larose et Forcel, 1881, 583 p.

SCHMITT (C.), *Théorie de la Constitution* (1928), Paris, PUF, 2008, 576 p.

STARCK (Ch.), *La Constitution, cadre et mesure du droit*, Paris, Economica, 1994, 195 p.

TROPER (M.), *Pour une théorie juridique de l'Etat*, Paris, PUF, 1994, 358 p.

Actes de colloques et journées d'étude

BART (J.), COURVOISIER (Cl.), VERPEAUX (M.) (Dir.), Actes du colloque de Dijon, *1791, la première constitution française*, Paris, Economica, 1993, 477 p.

BEN ACHOUR (R.), GICQUEL (J.), MILACIC (S.) (Dir.), *La démocratie représentative devant un défi historique*, Bruxelles, Bruylant, 2006, 296 p.

CONAC (G.), DEBENE (M.), TEBOUL (G.) (Dir.), *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Histoire, analyses et commentaires*, Paris, Economica, 1993, 365 p.

CONAC (G.), MACHELON (J-P.), IMBERT (J.) (Dir.), *La Constitution de l'an III. Boissy d'Anglas et la naissance du libéralisme constitutionnel*, Paris, PUF, 1999, 295 p.

CONAC (G.), PRETOT (X.), TEBOUL (G.) (Dir.), *Le Préambule de la Constitution de 1946. Histoire, analyses et commentaires*, Paris, Dalloz, 2001, 467 p.

CURAPP, *Droit et politique*, Paris, PUF, 1993, 310 p.

DROIT ET DEMOCRATIE, *Préambule de la Constitution de 1946 : un contrat de société ?*, Paris, La Documentation française, 1994, 81 p.

FLAUSS (J-F.) (Dir.), *L'enseignement du droit constitutionnel. Actes de la table ronde internationale de Lausanne 19-20 juin 1998*, Bruxelles, Bruylant, 2000, 218 p.

GAUDEMET (Y.) (Dir.), *Le Préambule de la Constitution de 1946*, Paris, Editions Panthéon Assas, 2007, 219 p.

JAUME (L.) (Dir.), *Coppet, creuset de l'esprit libéral*, Paris, Economica, 2000, 242 p.

LE POURHIET (A-M.) (Dir.), *Droit constitutionnel local*, Paris, Economica, 1999, 426 p.

LOCHAK (D.) (Dir.), *Mutations de l'Etat et protection des droits de l'homme*, Paris, Presses universitaires de Paris 10, 2006, 250 p.

MATHIEU (B.) (Dir.), *Cinquantième anniversaire de la Constitution française : 1958-2008*, Paris, Dalloz, 2008, 802 p.

MELIN-SOUCRAMANIEN (F.) (Dir.), *L'interprétation constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2005, 248 p.

MODERNE (Fr.) (Dir.), *Réviser la Constitution. Analyse comparative d'un concept indéterminé*, Paris, Dalloz, 2006, 106 p.

PARIENTE (A.), *La séparation des pouvoirs. Théorie contestée et pratique renouvelée*, Paris, Dalloz, 2007, 153 p.

RUIZ-FABRI (H.), ROSENFELD (M.) (Dir.), *Repenser le constitutionnalisme à l'âge de la mondialisation et de la privatisation*, Paris, Société de la législation comparée, 2010, 452 p.

SOCIETE FRANCAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL (Dir.), *L'Etat de droit en droit international*, Paris, Pedone, 2009, 447 p.

TROPER (M.), JAUME (L.) (Dir.), *1789 et l'invention de la constitution : Actes du Colloques de Paris*, Paris, LGDJ, 1998, 302 p.

Thèses

BEAUD (O.), *La puissance de l'Etat*, Paris, PUF, 1994, 512 p.

BOUGRAB (J.), *Aux origines de la Constitution de la IVe République*, Paris, Dalloz, 2002, 768 p.

BURDEAU (G.), *Essai d'une théorie de la révision des lois constitutionnelles en droit positif français*, Macon, 1930, 349 p.

CAPITANT (R.), *L'impératif juridique (introduction à l'étude de l'illicite)*, Dalloz, 1928, 230 p.

COMBREDET (G.), *Le vote des lois constitutionnelles de 1875 et les débuts de leur application*, F. Zaragozi, Blida, 1930, 192 p.

GORDON (E.), *Les nouvelles constitutions européennes et le rôle du chef de l'Etat*, Paris, Sirey, 1931, 436 p.

HAQUET (A.), *Le concept de souveraineté en droit constitutionnel français*, Paris, PUF, Coll. Les grandes thèses du droit français, 2004, 331 p.

HEUSCHLING (L.), *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of law*, Paris, Dalloz, 2002, 470 p.

HOURQUEBIE (F.), *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la Ve République*, th., Bruxelles, Bruylant, 2004, 678 p.

PINON (S.), *Les réformistes constitutionnels des années trente. Aux origines de la Ve République*, Paris, LGDJ, 2003, 632 p.

SAULNIER (F.), *Joseph-Barthélemy 1874-1945. La crise du constitutionnalisme libéral sous la IIIe République*, Paris, LGDJ, 2004, 682 p.

SAUVAGEOT (T.), *Les catégories de collectivités territoriales de la République. Contribution à l'étude de l'article 72, alinéa 1 de la Constitution du 4 octobre 1958*, Aix-en-Provence, PUAM, coll. Collectivités locales, 2004, 472 p.

TESOKA (L.), *Les rapports entre catégories de collectivités territoriales*, Aix- en- Provence, PUAM, 2004, 519 p.

TROPER (M.), *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris, LGDJ, 1980, 251 p.

VALEMBOIS (A-L.), *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique*, Paris, LGDJ, 2005, 534 p.

WALCH (E.), *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen et l'Assemblée constituante. Travaux préparatoires*, Paris, Henry Jouve, 1903, 240 p.

Articles

ALCARAZ (H.), « Le principe de libre administration des collectivités territoriales dans la jurisprudence constitutionnelle après la révision constitutionnelle du 28 mars 2003 », *RFDA*, 2009, p. 497.

AMSELEK (P.), « Réflexions critiques autour de la conception kelsénienne de l'ordre juridique », *RDP* 1978, n° 1, p. 5.

ARDANT (Ph.), « La révision constitutionnelle en France. Problématique générale », *in* Association Française des constitutionnalistes, *La révision de la constitution*, Aix-en Provence, PUAM, 1993, p. 79.

AVRIL (P.), « La Constitution : lazare ou janus ? », *RDP*, 1990, p. 949.

AVRIL (P.), « Séparation des pouvoirs et la Ve République : le paradoxe de 1958 », *in* A. PARIENTE (A.) (Dir.), *La séparation des pouvoirs. Théorie contestée et pratique renouvelée*, Paris, 2007, p. 79.

AVRIL (P.), « Une « survivance » : le droit constitutionnel non écrit ? », *in Droit et politique à la croisée des cultures, Mélanges Philippe Ardant*, Paris, LGDJ, 1999, p. 3.

AVRIL (P.), « Une revanche du droit constitutionnel ? », *Pouvoirs*, 1989, n° 49, p. 5.

BARRET-KRIEGEL (B.), « L'Etat et le droit », *in* COLAS (D.) (Dir.), *L'Etat de droit*, Travaux de la mission sur la modernisation de l'Etat, Paris, PUF, 1987, p. XXI.

BARTHELEMY (J.), « La Constitution Doumergue », *Revue Politique et Parlementaire*, novembre 1934, p. 225.

BARTHELEMY (J.), « Le procès de la Commission des finances », *Mélanges Raymond Carré de Malberg*, Paris, Sirey, 1933, p. 243.

BEAUD (O.), « Constitution et constitutionnalisme », *in* Ph. RAYNAUD (Ph.), RIALS (S.) (Dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, 3e éd., Paris, PUF, 2003, p. 133.

BEAUD (O.), « Constitution et droit constitutionnel », *in* ALLAND (D.), RIALS (S.) (Dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 257.

BEAUD (O.), « Les mutations de la Ve République ou comment se modifie une constitution écrite », *Pouvoirs*, 2001, n° 99, p. 19.

BENHAMOU (Y.), « La commission d'Outreau et la séparation des pouvoirs », *D*. 2007, p. 589.

BERLIA (G.), « De la compétence des assemblées constituantes », *RDP*, 1945, p. 353-365.

BONNARD (R.), « La théorie de la formation du droit par degrés dans l'œuvre d'Adolphe Merkl », *RDP*, 1928, p. 668.

BREILLAT (D.), « La Constitution, un catalogue de Traités ? », *in Les mutations du droit public, Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau*, Paris, Dalloz, 2002, p. 311.

BURDEAU (G.), « Sur un enseignement impossible », *Mélanges offerts à Monsieur le doyen Louis Trotabas*, Paris, LGDJ, 1970, p. 41.

BURDEAU (G.), « Une survivance : la notion de Constitution », *in L'évolution du droit public, études en l'honneur d'Achille Mestre*, Paris, Sirey, 1956, p. 53.

BYC (Ch.), « La constitution, loi suprême de la Cité ou instrument du sacre de la bioéthique », *JCP G*, 28 mars 2008, n°13, p. 3.

CAPITANT (R.), « La coutume constitutionnelle », *Gaz. Pal.*, 20 décembre 1929, réed. *RDP*, 1979, p. 959.

CAPITANT (R.), « La crise et la réforme du parlementarisme en France. Chronique constitutionnelle française » (1931-1936) », *in Ecrits d'entre-deux-guerres (1928-1940)*, Paris, LGDJ, 2004, p. 343.

CAPITANT (R.), « La réforme du parlementarisme », *in Ecrits d'entre- deux- guerres (1928-1940)*, Paris, LGDJ, 2004, p. 325.

CAPITANT (R.), « Le droit constitutionnel non écrit », *Recueil d'étude en l'honneur de François Gény*, Paris, Sirey, 1934, tome III, p. 1.

CAPITANT (R.), « Régimes parlementaires », *Mélanges Raymond Carré de Malberg*, Paris, Librairie Edouard Duchemin, 1977, p. 237.

CARRE DE MALBERG (R.), « Considérations théoriques sur la question de la combinaison du referendum avec le parlementarisme », *RDP*, 1931, p. 225.

CARTIER (E.), « Les petites Constitutions : contribution à l'analyse du droit constitutionnel transitoire », *RFDC*, 2007, p. 513.

CAYLA (O.), « L'obscure théorie du pouvoir constituant originaire ou l'illusion d'une identité souveraine inaltérable », *in L'architecture du droit, Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, p. 250.

CAYLA (O.), « Le coup d'Etat de droit? », *Le Débat*, 1998, n° 100, p. 108.

CHAGNOLLAUD (D.), « La querelle du cuisinier et du rôtisseur : à propos de trois manuels de droit constitutionnel », *Mélanges Philippe Ardant*, Paris, LGDJ, 1999, p. 15.

CHARLIER (R-E.), « Evolution et situation présente de la notion de « droit constitutionnel », *in Mélanges Jean- Jacques Chevallier*, Paris, Cujas, 1977, p. 31.

CHEVALLIER (J.), « Droit constitutionnel et institutions politiques : les mésaventures d'un couple célèbre », *in La République*, *Mélanges Pierre Avril*, Paris, Montchestien, 2001, p. 189.

CHEVALLIER (J.), « Essai d'analyse structurale du Préambule », *in* KOUBI (G.) (Dir.), *Le Préambule de la constitution de 1946. Antinomies juridiques et contradictions politiques*, Paris, PUF, 1996, p. 13.

CHEVALLIER (J.), « Etat de droit », *in* ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), GAUDIN (H.), MARGUENAUD (J-P.) et *alii* (Dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2008, p. 308.

CHEVALLIER (J.), « La coutume et le droit constitutionnel français », *RDP*, 1970, p. 1379.

CHEVALLIER (J.), « La crise de la démocratie : mythe ou réalité ? », *in Les mutations contemporaines du droit* : *Mélanges Benoît Jeanneau*, Paris, Dalloz, 2002, p. 361.

CHEVALLIER (J.), « Les aspects idéologiques de l'Etat de droit », *in* Société française pour le droit international (Dir.), *L'Etat de droit en droit international*, Paris, Pedone, 2009, p. 69.

CHEVALLIER (J.), « Propos introductifs », *in* LOCHAK (D.) (Dir.), *Mutations de l'Etat et protection des droits de l'homme*, Paris, Presses universitaires de Paris 10, 2006, p. 17.

CLERGERIE (J-L.), « L'avenir fédéral de l'Union européenne », *RDP*, 2000, p. 1529.

COHENDET (M-A.), « La classification des régimes, un outil pertinent dans la conception instrumentale du droit constitutionnel », *in L'architecture du droit : Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, p. 299.

CONAC (G.), « Le Préambule de la Constitution de 1946. Une genèse difficile, un itinéraire imprévu », *in* CONAC (G.), PRELOT (X.), TEBOUL (G.) (Dir.), *Le Préambule de la Constitution de 1946. Histoire, analyses et commentaires*, Paris, Dalloz, 2001, p. 2.

DEBBASCH (R.), « L'écriture de la constitution », *in* BART (J.), COURVOISIER (Cl.), VERPEAUX (M.) (Dir.), Actes du colloque de Dijon, *1791, la première constitution française*, Paris, Economica, 1993, p. 111.

DENQUIN (J-M.), « Approches philosophiques du droit constitutionnel », *Droits*, 2000, n° 32, p. 33.

DENQUIN (J-M.), « Repenser le droit constitutionnel », *Droits*, 2000, n° 32, p. 3.

DEPEREE (Fr.), « Le renouveau du droit constitutionnel », *RFDC*, 2008, p. 227.

DESLANDRES (M.), « La crise de la science politique », *RDP*, 1900, p. 6.

DESWARTE (M-P.), « La révision de 2007 contre la souveraineté de l'Etat », *RFDC*, 2008, p. 145.

DRAPIER (M.), « La loi relative à l'interruption volontaire de grossesse dix ans après : histoire d'un compromis », *RDP*, 1985, p. 443.

ESMEIN (A.), « Deux formes de gouvernement », *RDP*, 1894, p. 15.

FAURE-TRONCHE (V.), « L'union européenne est-elle une fédération ? », *RRJ*, 2002, p. 1967.

FAVOREU (L.), « Approche constitutionnelle du principe de la participation du secteur privé au fondement du service public pénitentiaire », *in* Faculté de droit et de science politique d'Aix- Marseille, *Les prisons dites « privées », une solution à la crise pénitentiaire ?*, Aix-en- Provence, Economica, 1987,

FAVOREU (L.), « L'enseignement du droit constitutionnel en France », *in* FLAUSS (J-F.) (Dir.), *L'enseignement du droit constitutionnel*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 47.

FAVOREU (L.), « Les bases constitutionnelles du droit des collectivités locales », *in* MODERNE (Fr.) (Dir.), *La nouvelle décentralisation*, Paris, Sirey, coll. Bibliothèque des collectivités locales, 1983, p. 15.

FAVOREU (L.), ROUX (A.), « La libre administration des collectivités territoriales est-elle une liberté fondamentale ? », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2002, n° 12 p. 88.

FEKL (M.), « Les révisions de la Constitution : stabilité et réformes de la norme fondamentale », *LPA*, 10 juillet 2008, n° 138, p. 43.

FOUQUET-ARMAND (M.), « Les révisions de la Constitution de 1958 : de la Ve à la VIe République ? », *RRJ*, 2001, n° 4, p. 1609.

FRAISSEX (P.), « La Constitution du 4 octobre 1958 et ses révisions », *RDP*, 2002, p. 473.

GENGEMBRE (G.), « La Contre- Révolution et le refus de la constitution », *in* TROPER (M.), JAUME (L.) (Dir.), *1789 et l'invention de la constitution : Actes du Colloques de Paris*, Paris, LGDJ, 1998, p. 55.

GOUET (Y.), « Qu'est-ce-que le régime parlementaire ? », *RDP*, 1932, p. 197.

GOYARD (Cl.), « Etat de droit et démocratie », *Mélanges René Chapus*, Paris, Montchrestien, 1992, p. 299.

GOYARD (Cl.), « Que reste- t- il de la souveraineté ? », *in La Constitution et les valeurs, Mélanges en l'honneur de Dimitri Georges Lavroff*, Paris Dalloz, 2005, p. 381.

GRABARCZYK (K.), « La notion de constitution à l'épreuve des révisions constitutionnelles », *RRJ*, 2007, n° 3, p. 1331.

GREWE (C.), « La révision constitutionnelle en vue de la ratification du Traité de Maastricht », *RFDC*, 1992, p. 418.

GUENAIRE (M.), « Le constitutionnalisme, expression de la politique libérale », *RRJ*, 1987, n° 1, p. 105.

GUILLOUD (L.), « Révision constitutionnelle et intégration européenne, l'insoutenable légèreté de la Constitution », *RDP*, 2009, n° 2, p. 397.

HAMON (L.), « Sur une notion en débat », *RDP*, 1984, p. 298.

HENRY (J-P.), « Vers la fin de l'Etat de droit ? », *RDP*, 1977, p. 1208.

HEUSCHLING (L.), « Le regard d'un comparatiste : l'Etat de droit dans et au-delà des cultures juridiques nationales », Société française pour le droit international (Dir.), *L'Etat de droit en droit international*, Paris, Pedone, 2009, p. 41.

JEZE (G.), « La crise politique française », *RDP*, 1934, p. 221.

JOUANJAN (O.), « Etat de droit », *in* ALLAND (D.), RIALS (S.) (Dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, coll. Quadrige, 2003, p. 649.

KOUBI (G.), ROMI (R.), « Préambule », *in* CONAC (G.), DEBENE (M.), TEBOUL (G.), *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Histoire, analyses et commentaires*, Paris, Economica, 1993, p. 55.

LABOULAYE (E.), « De la méthode historique en jurisprudence et son avenir », *Revue historique du droit français et étranger*, 1855, p. 1.

LAFERRIERE (J.), « La coutume constitutionnelle. Son rôle et sa valeur en France », *RDP*, 1944, p. 20.

LAUVAUX (Ph.), « Propositions méthodologiques pour la classification des régimes », *Droits* 2000, n° 32, p. 109.

LAVIALLE (C.), « Du nominalisme juridique. Le nouvel article 75-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 », *RFDA*, 2008, p. 1110.

LAVROFF (D. G.), « La crise de la constitution française », *in Mélanges en hommage à Francis Delpérée : itinéraire d'un constitutionnaliste*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 757.

LE BRIS (C.), « Les Langues régionales dans la Constitution », *RDP*, 2009, p. 787.

LE DIVELLEC (A.), « Adhémar Esmein et les théories du gouvernement parlementaire », *in* S.Pinon, P-H. Prélot, *Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein*, Paris, Montchrestien, 2009, p. 149.

LE DIVELLEC (A.), « La fondation et les débuts de la Revue du droit public et de la science politique (1894-1914), *RDP*, 2011, p. 521.

LEISNER (W.), « L'Etat de droit-Une contradiction ? », *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1975, p. 68.

LEVY (D.), « De l'idée de coutume constitutionnelle à l'esquisse d'une théorie des sources du droit constitutionnel et de leur sanction », *Recueil d'études en l'honneur de Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1975, p. 81.

LUCHAIRE (Fr.), « De la méthode en droit constitutionnel », *RDP*, 1981, p. 275.

LUCHAIRE (Fr.), « Douze bizarreries constitutionnelles bien françaises », *in Le nouveau constitutionnalisme, Mélanges en l'honneur de Gérard Conac*, Paris, Economica, 2001, p. 151.

LUCHAIRE (Fr.), « La sécurité juridique en droit constitutionnel français », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2001, n° 11, p. 100.

LUISIN (B.), « Le mythe de l'Etat de droit », *in Etat, société et pouvoir à l'aube du XXIe Siècle : mélanges en l'honneur du Professeur François Borella*, Nancy, Presses Universitaires de Nancy, 1999, p. 249.

MAESTRE (J-C.), *A propos des coutumes et des pratiques constitutionnelles : l'utilité des constitutions*, *RDP*, 1973, p. 1279.

MALO (L.), « Les langues régionales dans la Constitution française : à nouvelles donnes, nouvelles réponses ? », *RFDC*, 2011, n° 85, p. 69.

MATHIEU (B.), « Constitution et sécurité juridique », *AIJC*, 1999, p. 156.

MAULIN (E.), « L'invention des principes », *in* CAUDAL (S.) (Dir.), *Les principes en droit*, Paris, Economica, 2008, p. 25.

MAUS (D.), « Où en est le droit constitutionnel ? », *in Mouvement du droit public : du droit administratif au droit constitutionnel, du droit français aux autres droits : Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Paris, Dalloz, 2004, p. 691.

MAUSS (D.), « L'image de la Constitution de l'an III dans les manuels de droit constitutionnel », *in* NAUDIN-PATRIAT (Fr.) (Dir.), *La constitution de l'an III ou l'ordre républicain*, Dijon, EUD, 1998, p. 418.

MESTRE (J-L.), « « L'étude de la Constitution » à la faculté de droit de Nancy de 1789 à 1792 », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique* 2002, n° 22, p. 33.

MIAILLE (M.), « Le droit constitutionnel et les sciences sociales », *RDP*, 1984, p. 276.

MICHALON (T.), « La Corse entre décentralisation et autonomie. Vers la fin des catégories ? », *RFDA*, 1991, p. 720.

MICHALON (T.), « La République française, une fédération qui s'ignore ? », *RDP*, 1982, p. 623.

MILACIC (S.), « De la séparation des pouvoirs à l'idée des contre- pouvoirs : Montesquieu revigoré par le néolibéralisme », *in* PARIENTE (A.) (Dir.), *La séparation des pouvoirs. Théorie contestée et pratique renouvelée*, Paris, 2007, p. 31.

MILACIC (S.), « La démocratie représentative devant un défi historique », *in* BEN ACHOUR (R.), GICQUEL (J.), MILACIC (S.) (Dir.), *La démocratie représentative devant un défi historique*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 3.

MILHAUD (A.), « Simples réflexions sur la révision de la Constitution », *Revue politique et parlementaire*, 1934, p. 207.

MIRKINE-GUETZEVITCH (B.), « La révision constitutionnelle », *Revue Politique et Parlementaire* 1933, p. 337.

MIRKINE-GUETZEVITCH (B.), « La révision de la Constitution française », *L'Année Politique Française et Etrangère*, avril 1934, p. 22-52.

MIRKINE-GUETZEVITCH (B.), « Le régime parlementaire dans les constitutions européennes d'après- guerre », *Annuaire de l'Institut International de Droit Public*, 1936, p. 43.

MONJAL (P-Y.), « L'Union européenne à la recherche d'une qualification juridique », *Petites affiches*, 1er février 1995, p. 14.

MOUTON (J-D.), « Réflexions sur la nature de l'Union européenne à partir de l'arrêt Rottmann (CJUE, 2 mars 2010, AFF. C- 135/08*)* », *RGDIP*, 2010, n° 2, p. 257.

NEZARD (H.), « De la méthode dans l'enseignement du droit constitutionnel », *Mélanges Raymond Carré de Malberg*, Paris, Librairie Edouard Duchemin, 1977, p. 381.

PACTET (P.), « Complexité et contradictions de l'ordre constitutionnel positif sous la Ve République », *Les mutations contemporaines du droit public : Mélanges B. Jeanneau*, Paris, Dalloz, 2002, p. 425.

PACTET (P.), « La désacralisation progressive de la Constitution de 1958 », *in La République, Mélanges Pierre Avril*, Paris, Montchrestien, 2001, p. 389.

PASSELECQ (O.), « Actualité de la Constitution de l'an III », *in* CONAC (G.), MACHELON (J-P.), IMBERT (J.) (Dir.), *La Constitution de l'an III. Boissy d'Anglas et la naissance du libéralisme constitutionnel*, Paris, PUF, 1999, p. 76.

PELLOUX (R.), « Quelques réflexions sur le préambule de la Constitution de 1958 », *in Hommage d'une génération de juristes au Président Basdevant*, Paris, Pedone, 1960, p. 389.

PELLOUX (R.), « Tradition et invention dans l'enseignement du droit constitutionnel », *Mélanges offerts à Monsieur le doyen Louis Trotabas*, Paris, LGDJ, 1970, p. 393.

PETROFF (M.), « L'éclipse du droit constitutionnel », *in* BLUCHE (F.) (Dir.), *Le prince, le peuple et le droit. Autour des plébiscites de 1851 et 1852*, Paris, PUF, 2000, p. 161.

PIERRE-CAPS (S.), « Les révisions de la Constitution de la Cinquième république : temps, conflits et stratégies », *RDP*, 1998, p. 409.

PLESSIX (B.), « Les silences du Préambule », *in* GAUDEMET (Y.) (Dir.), *Le Préambule de la Constitution de 1946*, Paris, Editions Panthéon Assas, 2007, p. 77.

POIRMEUR (Y.), « Thèmes et débats autour du constitutionnalisme ? », *in* CURAPP, *Droit et politique*, Paris, PUF, 1993, p. 13.

QUERMONNE (J-L.), « La Fédération d'Etats Nations : concept ou contradiction ? », *RFDC*, 2010, n°84, p. 677.

QUOC DIHN (N.), « La loi constitutionnelle du 2 novembre 1945 portant organisation provisoire des pouvoirs publics », *RDP*, 1946, p. 68.

RAYNAUD (Ph.), « La loi et la jurisprudence, des lumières et la révolution française », *APD*, 1985, t. 30, p. 61.

RAYNAUD (Ph.), « Révolution française », *in* RAYNAUD (Ph.), RIALS (S.), *Dictionnaire de philosophie politique*, 3e éd., Paris, PUF, 2003, p. 670.

RENARD (G.), « Les Constitutions de la nouvelle Europe », *Revue Politique et Parlementaire*, février 1930, p. 270.

RENARD (G.), « Qu'est-ce-que le Droit constitutionnel ? Le Droit constitutionnel et la Théorie de l'institution », *in Mélanges Raymond Carré de Malberg*, Paris, Ed. Duchemin, 1977, p. 485.

RIVERO (J.), « Etat de droit, état du droit », *Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, p. 609.

ROLLAND (P.), « De l'art du préambule », *in* NAUDIN-PATRIAT (F.) (Dir.), *La Constitution du 4 novembre 1848 : l'ambition d'une république démocratique*, Dijon, Ed. Universitaire de Dijon, 2000, p. 143.

ROSENFELD (M.), « Repenser l'ordonnancement constitutionnel à l'ère du pluralisme juridique et du pluralisme idéologique », *in* RUIZ-FABRI (H.), ROSENFELD (M.) (Dir.), *Repenser le constitutionnalisme à l'âge de la mondialisation et de la privatisation*, Paris, Société de la législation comparée, 2010, p. 93.

ROUSSEAU (D.), « Prolégomènes à l'étude de l'identité constitutionnelle », *in* BEN ACHOUR (R.) (Dir.), *Le droit constitutionnel normatif. Développements récents*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 27.

ROUSSILLON (H.), « Rigidité des constitutions et justice constitutionnelle : Réflexions sur un paradoxe », *in La République, Mélanges Pierre Avril*, Paris, Montchrestien, 2001, p. 251.

SACRISTE (G.), « Droit, histoire et politique en 1900. Sur quelques implications politiques de la méthode du droit constitutionnel à la fin du XIXe Siècle, *Revue d'histoire des sciences humaines* 2001, n° 4, p. 69.

SIBERT (M.), « Chronique constitutionnelle d'Angleterre », *RDP*, 1912, p. 95.

TROPER (M.), « Identité constitutionnelle », *in* MATHIEU (B.) (Dir.), *Cinquantième anniversaire de la Constitution française : 1958-2008*, Paris, Dalloz, 2008, p. 123.

TROPER (M.), « L'interprétation constitutionnelle », *in* MELIN-SOUCRAMANIEN (F.) (Dir.), *L'interprétation constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2005, p. 13.

TROPER (M.), « La Constitution de 1791 aujourd'hui », *RFDC*, 1992, p. 2.

TROPER (M.), « La pyramide est toujours debout ! Réponse à Paul Amselek, *RDP* 1978, n° 6, p. 1523.

TROPER (M.), « La théorie constitutionnelle et le droit constitutionnel positif », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2000, n° 9, p. 93.

TROPER (M.), « La théorie dans l'enseignement du droit constitutionnel », *RDP*, 1984, p. 263.

TROPER (M.), « La Ve République et la séparation des pouvoirs », *Droits*, 2006, n° 43, p. 33.

TROPER (M.), « Le concept d'Etat de droit », *Droits*, 1992, n° 1, p.51.

TROPER (M.), « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle », *Recueil d'étude en l'honneur de Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1977, p. 133.

TROPER (M.), « Les classifications en droit constitutionnel », *RDP*, 1989, p. 945.

TROPER (M.), « Une théorie réaliste de l'interprétation », *in* JOUANJAN (O.) (Dir.), *Dossiers. Théories réalistes du droit*, Annales de la Faculté de droit de Strasbourg, Strasbourg, PUS, 2000, p. 51.

VEDEL (G.), « Existe- il deux conceptions de la démocratie ? », *in Pages de doctrine*, vol. 1, Paris, LGDJ, 1980, p. 191.

VEDEL (G.), « La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989 », *RFDC*, 1990, n° 1, p. 5.

VEDEL (G.), « Les bases constitutionnelles du droit administratif », *in Pages de doctrine*, vol. 1, Paris, LGDJ, 1980, p. 129.

VEDEL (G.), RIVERO (J.), « Principes économiques et sociaux de la constitution : Le préambule », *Droit Social*, 1947, p. 13.

VERPEAUX (M.), « 1791, première Constitution française ? », *RFDC*, 1993, p. 3.

VERPEAUX (M.), *Les principes en droit constitutionnel*, *in* CAUDAL (S.) (Dir.), *Les principes en droit*, Paris, Economica, 2008, p. 149.

VINCENT (F.), « De l'inutilité de l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958 », *AJDA*, 1965, p. 564.

WALINE (J.), « Les révisions de la Constitution de 1958 », *in Droit et politique à la croisée des cultures, Mélanges Philippe Ardant*, Paris, LGDJ, 1999, p. 235.

ZIMMER (W.), « La loi du 3 juin 1958 : contribution à l'étude des actes pré- constituants », *RDP* 1995, p. 383.

ZOLLER (E.), « Contribution à la théorie de la fédération d'Etats », *RCADI*, 2003, p. 94.

B/ Sur la doctrine constitutionnaliste et la pensée politique

Ouvrages et monographies

BACOT (G.), *Carré de Malberg et l'origine de la distinction entre souveraineté du peuple et souveraineté nationale*, Paris, éditions du CNRS, 1985, 200 p.

GARRIGUES (J.), DEBRE (J-L.), *Les grands discours parlementaires de la Troisième République*, 2 vol. , Paris, Armand Colin, 2004.

JOUANJAN (O.) (Dir.), *L'esprit de l'Ecole historique du droit*, Annales de la Faculté de droit de Strasbourg, 2004, n° 7, 285 p.

JOUANJAN (O.), *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800- 1918)*, Paris, PUF, 2005, 364 p.

Actes de colloques et journées d'étude

BEAUD (O.), WACHSMANN (P.) (Dir.), *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 1997, 345 p.

HERRERA (C-M) (Dir.), *Les juristes face au politique. La droite, la gauche, la doctrine sous la IIIe République*, 2 t., Paris, Kimé, 2003.

PINON (S.), PRELOT (P-H), *Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein*, Paris, Montchrestien, 2009, 285 p.

Thèses

PINON (S.), *Les réformistes constitutionnels des années trente. Aux origines de la Ve République*, Paris, LGDJ, 2003, 632 p.

REDOR (M-J.), *De l'Etat légal à l'Etat de droit. L'évolution des Conceptions de la Doctrine Publiciste Française (1879- 1914)*, Paris, Economica, 1992, 389 p.

SAULNIER (F.), *Joseph- Barthélemy 1874-1945. La crise du constitutionnalisme libéral sous la IIIe République*, Paris, LGDJ, 2004, 690 p.

Articles

BARANGER (D.), « Les constitutions de Michel Troper », *Droits*, 2003, n° 37, p. 123.

BARTHELEMY (J.), « Analyse et compte rendu », *RDP*, 1908, p. 152.

BEAUD (O.), « Carré de Malberg, juriste alsacien. La biographie comme élément d'explication d'une doctrine constitutionnelle, *in* BEAUD (O.), WACHSMANN (P.) (Dir.), *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 1997, p. 219.

BEAUD (O.), « Joseph Barthélémy ou la fin de la doctrine classique », *Droits*, 2000, n° 32, p. 89.

BEAUD (O.), « La souveraineté dans la « Contribution à la théorie générale de l'Etat » de Carré de Malberg », *RDP* 1994, p. 1251.

BEAUD (O.), « Michel Troper et la séparation des pouvoirs », *Droits*, 2003, n° 37, p. 149.

BEAUD (O.), « René Capitant, juriste républicain. Etude de sa relation paradoxale avec Carl Schmitt à l'époque du nazisme », *in La République, Mélanges Pierre Avril*, Paris, Montchrestien, 2001, p. 54.

BONNARD (R.), « Léon Duguit. Ses œuvres. Sa doctrine », *RDP*, 1929, p. 4.

BOUDON (J.), « Esmein, le droit constitutionnel et la Constitution », *in* PINON (S.), PRELOT (P-H.) (Dir.), *Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein*, Paris, Montchrestien, 2009, p. 88.

BOUDON (J.), « La méthode juridique selon Adhémar Esmein », *in* HAKIM (N.), MELLERAY (F.) (Dir.), *Le renouveau de la doctrine française. Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XXe Siècle*, Paris, Dalloz, 2009, p. 263.

BRUNET (P.), « Entre représentation et nation : le concept d'organe chez Carré de Malberg », *in* BEAUD (O.), WACHSMANN (P.), *La science juridique Française et la Science juridique Allemande de 1870 à 1918*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 1997, p. 273.

BURDEAU (G.), « Raymond Carré de Malberg, son œuvre, sa doctrine », *RDP* 1935, p. 354.

CONAC (G.), « Adhémar Esmein, théoricien du système constitutionnel américain », *Mélanges Patrice Gélard*, Paris, Montchrestien, 2001

CONAC (G.), « L'apport de René Capitant au droit constitutionnel et à la science politique », *in* Association Henri Capitant, *Apports de René Capitant à la Science juridique*, Paris, Litec, 1992, p. 20.

ESPLUGAS (P.), « Les professeurs de droit au Conseil constitutionnel, l'exemple de Georges Vedel », *in* HECQUARD-THERON (M.) (Dir.), *Les Facultés de Droit inspiratrices du droit ?*, Toulouse, Presses de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 2005, p. 217.

FLAUSS (J-F.), « Sur deux ouvrages de droit constitutionnel », *RFDC*, 2006, p. 669.

FONBAUSTIER (L.), « Une tentative de refondation du droit : l'apport ambigu de la sociologie à la pensée de Léon Duguit », *RFDA*, 2004, p. 1053.

FOULQUIER (N.), « Maurice Hauriou, constitutionnaliste (1856- 1929) », *Jus Politicum*, n° 2, http://www.juspoliticum.com/Maurice-Hauriou.html

GAUDEMET (P. M.), « Paul Laband et la doctrine française », *RDP*, 1989, p. 959.

GICQUEL (J-E.), « Les idées constitutionnelles de Prévost- Parandol », *RA*, 2000, p. 395.

GIROLA (C.), « Les coutumes constitutionnelles », *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, vol. 3., Paris, Sirey, 1934, p. 9.

GUASTINI (R.), « Michel Troper sur la fonction juridictionnelle », *Droits*, 2003, n° 37, p. 111.

JACQUINOT (N.), « La doctrine constitutionnaliste, quel rôle dans l'élaboration du droit ? », *in* HECQUARD-THERON (M.) (Dir.), *Les Facultés de Droit inspiratrices du droit ?*, Toulouse, Presses de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 2005, p. 183.

JOUANJAN (O.), « Carl Friedrich Gerber et la constitution d'une science du droit public allemand », *in* BEAUD (O.), WACHSMANN (P.) (Dir.), *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 1997, p. 11.

JOUANJAN (O.), « Une interprétation de la théorie réaliste de Michel Troper », *Droits*, 2003, p. 31.

LAVIGNE (P.), « Le comte Rossi, premier professeur de droit constitutionnel français (1834-1845), *in Histoire des idées et idées sur l'histoire. Etudes offertes à Jean- jacques Chevallier*, Paris, Cujas, 1977, p 173.

MACHELON (J-P.), « Victor de Broglie et les Vues sur le gouvernement de la France, *in* JAUME (L.) (Dir.), *Coppet, creuser de l'esprit libéral*, Paris, Economica, 2000, p. 187.

MAULIN (E.), « Raymond Carré de Malberg, le légiste de la République », *in* R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat, spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français* (1920), Paris, Dalloz, 2002, p.1.

MELLERAY (F.), « Léon Duguit. L'Etat détrôné », *in* HAKIM (N.), MELLERAY (F.) (Dir.), *Le renouveau de la doctrine française. Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XXe Siècle*, Paris, Dalloz, 2009, p. 214.

MOREAU (F.), « Les éléments du droit constitutionnel français et comparé de M. Esmein », *Revue politique et parlementaire*, 1903, p. 348.

PINON (S.), « Adhémar Esmein et la doctrine constitutionnelle de son temps », *in* S. Pinon, PRELOT (P-H.), *Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein*, Paris, Montchrestien, 2009, p. 209.

PINON (S.), « Boris Mirkine-Guetzévitch et la diffusion du droit constitutionnel », *Droits* 2007, n° 46, p. 183.

PINON (S.), « Les idées constitutionnelles de Boris Mirkine-Guetzévitch », in HERRERA (C-M.) (Dir.), *Les juristes face au politique* (T. 2), Paris, Kimé, 2005, p. 61.

PINON (S.), « Regard critique sur les leçons d'un maître du droit constitutionnel. Le cas Adhémar Esmein (1848-1913) », *RDP* 2007, p. 193.

RAYNAUD (Ph.), « Philosophie de Michel Troper », *Droits*, 2003, n° 37, p. 3.

RIALS (S.), « La démolition inachevée. Michel Troper, L'interprétation, le sujet et la survie des cadres intellectuels du positivisme néoclassique », *Droits*, 2003, n° 37, p. 49.

RIALS (S.), « Une doctrine constitutionnelle française », *Pouvoirs* 1989, n° 50, p. 81.

ROBERT (J.), « L'apport de René Capitant à la théorie générale du droit », *in* Association Henri Capitant, *Apports de René Capitant à la Science juridique (Théorie générale du droit, Droit administratif, Droit constitutionnel et Science politique. Droit privé)*, Paris, Litec, 1992, p. 20.

SACRISTE (G.), « Adhémar Esmein en son époque. Un légiste au service de la République », *in* PINON (S.), PRELOT (P-H.), *Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein*, Paris, Montchrestien, 2009, p. 9.

WALINE (M.), « Le mouvement des idées constitutionnelles dans les facultés de droit français au cours du premier tiers du XXe Siècle », *in Histoire des idées et idées sur l'histoire : études offertes à Jean- Jacques Chevallier*, Paris, Cujas, 1977, p. 259.

C/ Sur le Conseil constitutionnel et la jurisprudence

Manuels

DRAGO (G.), *Contentieux constitutionnel français*, 2e éd., Paris, PUF, 1998, 580 p.

MATHIEU (B.), VERPEAUX (M.), *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, 2002, 791 p.

ROUSSEAU (D.), *Droit du contentieux constitutionnel*, 9e éd., Paris, Montchrestien, 2010, 586 p.

VERPEAUX (M.), DE MONTALIVET (P.), ROBLOT-TROIZIER (A.), VIDAL-NAQUET (A.), *Droit constitutionnel. Les grandes décisions de la jurisprudence*, Paris, PUF, coll. Thémis, 2011, 539 p.

Ouvrages et monographies

CONSEIL CONSTITUTIONNEL, *Le Conseil constitutionnel a 40 ans*, Paris, LGDJ, 1999, 221 p.

DRAGO (G.), FRANCOIS (B.), MOLFESSIS (N.) (Dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1999, 315 p.

FAVOREU (L.), *La politique saisie par le droit : alternances, cohabitations et Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1988, 153 p.

FAVOREU (L.), PHILIP (L.), *Le Conseil constitutionnel*, Paris, PUF, Que-sais-je ?, 1978, 126 p.

GARAPON (A.), PAPADOPOULOS (I.), *Juger en Amérique et en France*, Paris, Odile Jacob, 2003, 322 p.

JAN (P.), *Le procès constitutionnel*, 2e éd., Paris, LGDJ, 2010, 233 p.

MAUGUE (Ch.), STALH (J-H.), *La question prioritaire de constitutionnalité*, Paris, Dalloz, 2011, 279 p.

ROUSSEAU (D.) (Dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité*, Paris, Lextenso, 2010, 207 p.

ROUSSILLON (H.), *Le Conseil constitutionnel*, 6e éd., Paris, Dalloz, 2008, 181 p.

SCHNAPPER (D.), *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, Paris, Gallimard, 2010, 452 p.

Actes de colloques et journées d'étude

ASSOCIATION FRANCAISE DES CONSTITUTIONNALISTES, *Vingt ans de saisine parlementaire du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1995, 180 p.

BEN ACHOUR (R.) (Dir.), *Le droit constitutionnel normatif. Développements récents*, Bruxelles, Bruylant, 2009, 242 p.

DRAGO (G.), FRANCOIS (B.), MOLFESSIS (N.) (Dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1999, 415 p.

FAVOREU (L.) (Dir.), *Vingt ans d'application de la Constitution de 1958 : Le domaine de la loi et du règlement*, 2e éd., Aix- en- Provence, PUAM, 1981, 283 p.

FOYER (J.), CANIVET (G.) (Dir.), *La création du droit par le juge*, *APD*, 2007, 470 p.

INSTITUT LOUIS FAVOREU (Dir.), *Contrôle de constitutionnalité par voie préjudicielle. La saisine par les citoyens*, Aix- en- Provence, PAUM, 2009, 262 p.

KLIMA (K.), ROUSSILLON (H.) (Dir.), *Droit constitutionnel européen des droits de l'homme*, Toulouse, Presses de l'Université sociale de Toulouse, 2004, 157 p.

MATHIEU (B.), VERPEAUX (M.) (Dir.), *La constitutionnalisation des branches du droit*, Paris, Economica, 1998, 204 p.

ROUSSEAU (D.) (Dir.), *La démocratie continue*, Paris, LGDJ, 1995, 165 p.

Thèses

BACOYANNIS (C.), *Le principe constitutionnel de libre administration des collectivités territoriales*, Aix- en- Provence, PUAM, 1993, 319 p.

BELAID (S.), *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, Paris, LGDJ, 1974, 360 p.

BLACHER (Ph.), *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale*, Paris, PUF, 2001, 246 p.

BONNET (J.), *Le juge ordinaire français et le contrôle de la constitutionnalité des lois. Analyse critique d'un refus*, Paris, Dalloz, 2009, 716 p.

DE BELLESCIZE (R.), *Les services publics constitutionnels*, Paris, LGDJ, 2005, 486 p.

ESPLUGAS (P.), *Conseil Constitutionnel et service public*, Paris, LGDJ, 1994, 321 p.

JAN (P.), *La saisine du Conseil constitutionnel*, Paris, LGDJ, 1999, 716 p.

MELIN-SOUCRAMANIEN (F.), *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Aix-Marseille, PUAM, 1999, 397 p.

VIDAL-NAQUET (A.), *Les « garanties légales des exigences constitutionnelles » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Editions Panthéon- Assas, 2007, 671 p.

Articles

AKANDJI-KOMBE (J-F.), « Question prioritaire de constitutionnalité et droit social. Premier bilan et perspectives », *Revue de droit social*, 2010, p. 628.

AVRIL (P.), « La jurisprudence institutionnelle du Conseil constitutionnel est-elle créatrice de droit ? », *in* FOYER (J.), CANIVET (G.) (Dir.), *La création du droit par le juge*, *APD*, 2007, p. 33.

BECHET-GOLOVKO (K.), « Qu'en est-il du concept de « souveraineté » ? A l'occasion de la décision du Conseil constitutionnel sur le Traité de Lisbonne », *Politeia*, 2008, n° 13, p. 75.

BELL (J.), « Le règne du droit et le règne du juge. Vers une interprétation substantielle de l'Etat de droit », *L'Etat de droit, Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, p.15.

BLACHER (Ph.), « Le Conseil constitutionnel en fait-il trop ? », *Pouvoirs*, 2003, n°105, p. 17.

BLANQUER (J-M.), « Bloc de constitutionnalité ou ordre constitutionnel ? », *Mélanges Jacques Robert : libertés*, Paris, Montchrestien, 1998, p. 227.

BON (P.), « Premières questions, premières précisions », *RFDA*, 2010, p. 679.

BOUCHER (J.), « L'incompétence négative du législateur », *RFDA*, 2010, p. 704.

BRUNET (P.), « La démocratie, entre essence et expérience. Réponse à Dominique Rousseau », *La Vie des idées*, 9 octobre 2008, http://www.laviedesidees.fr/La-democratie-entre-essence-et.html.

CARCASSONNE (G.), « L'intelligibilité des décisions du Conseil constitutionnel », *in La qualité des décisions de justice*, Strasbourg, Editions du Conseil de l'Europe, 2008, p. 139.

CAYLA (O.), « Le Conseil constitutionnel et la constitution de la science du droit », *in* Conseil constitutionnel, *Le Conseil constitutionnel a 40 ans*, Paris, LGDJ, 1999, p. 106.

CHALTIEL (Fl.), « Peine de mort et souveraineté : nouvelles précisions sur le principe constitutionnel de souveraineté nationale », *LPA*, 8 déc. 2005, n°244, p. 5.

CHAMUSSY (D.), « Le Conseil constitutionnel et la qualité de la législation », *RDP*, 2004, p. 1739.

CHIROUX (R.), « Faut-il réformer le Conseil ? », *Pouvoirs*, 1980, n° 13, p. 101.

COLLIARD (J-Cl.), « Un nouveau Conseil constitutionnel », *Pouvoirs*, 2011, n° 137, p. 155.

COMBACAU (J.), « La souveraineté internationale de l'Etat dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2000, n° 9.

COURREGES (A.), « L'article L. 211-3 du code de l'action sociale et des familles est- il contraire au principe constitutionnel d'égalité ? », *AJDA*, 2010, p. 1013.

DE LAMY (B.), « Brèves observations sur la question préjudicielle de constitutionnalité en attendant la loi organique », *D*. 2009, p. 177.

DEBBASCH (R.), « L'indivisibilité de la République et l'existence de statuts particuliers en France », *RFDC*, 1997, n° 30, p. 359.

DENQUIN (J-M.), « Que veut-on dire par démocratie ? L'essence, la démocratie et la justice constitutionnelle, www.juspoliticum.com/ Que-veut-on-dire-par-democratie.html.

DOUENCE (J-Cl.), FAURE (B.), « Y-a-t-il deux Constitutions ? », *RFDA* 2000, n° 4, p. 746.

DRAGO (G.), « La défense de la Constitution à regret. Principe et modalités de la question préjudicielle de constitutionnalité selon l'article 61-1 de la Constitution et le projet de loi organique », *in* INSTITUT LOUIS FAVOREU (Dir.), *Contrôle de constitutionnalité par voie préjudicielle. La saisine par les citoyens*, Aix- en- Provence, PAUM, 2009, p. 45.

DRAGO (G.), « Le nouveau visage du contentieux constitutionnel », *RFDC*, 2010, p. 751.

DRAGO (G.), « Question prioritaire de constitutionnalité et droit des collectivités territoriales », *JCPA*, 14 juin 2011, n° 14, p. 2211.

DUBOUT (E.), « « Les règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France » : une supra- constitutionnalité ? », *RFDC*, 2010, n° 83, p. 451.

DUBOUT (Ed.), « « Les règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France » : une supraconstitutionnalité ? », *RFDC*, 2011, n° 83, p. 451.

DUGRIP (O.), « La notion de « règle concernant la création des catégories d'établissements publics » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat », *in Mélanges en l'honneur de Roland Drago*, Paris, Dalloz, 1996, p. 373.

DUMAS (R.), « Editorial », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 1996, n° 1, p. 3.

ECK (L.), « Réflexions sur « *les règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France* » à la lumière de la pensée de Ronald Dworkin », *RRJ*, 2008, n° 2, p. 1061.

ESPUGLAS (P.), « La constitutionnalisation du service public : un tigre de papier », *RA*, 1996, p. 162.

FAVOREU (L.), « De la démocratie à l'Etat de droit », *Le Débat*, n° 64, 1991, p. 157.

FAVOREU (L.), « Décentralisation et Constitution », *RDP*, 1982, p. 1268.

FAVOREU (L.), « L'apport du Conseil constitutionnel au droit public », *Pouvoirs*, 1986, n° 13, p. 17.

FAVOREU (L.), « La place du Conseil constitutionnel dans la Constitution de 1958 », http://www.conseil-constitutionnel.fr/dossier/quarante/q18.htm

FAVOREU (L.), « Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit », *RFDC*, n° 1, 1990, p. 71.

FAVOREU (L.), « Le principe de constitutionnalité. Essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *in Recueil d'étude en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1977, p. 33.

FAVOREU (L.), « Le principe de constitutionnalité. Essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1975, p. 33.

FAVOREU (L.), « Les sources du droit de la fonction publique territoriale », *RFDA*, 1985, p. 309.

FAVOREU (L.), « Libre administration et principes constitutionnels », *in* MOREAU (J.), DARCY (G.), (Dir.), *La libre administration des collectivités locales. Réflexion sur la décentralisation*, Aix-en-Provence, PUAM, 1984, p. 63.

FAVOREU (L.), « Propos d'un néo-constitutionnaliste », *in* SEURIN (J.- L.) (Dir.), *Le constitutionnalisme aujourd'hui*, Paris, Economica, 1984, p. 23.

FAVOREU (L.), « Service public et Constitution », *AJDA*, 1997 spécial, p. 16.

FAVOREU (L.), Légalité et constitutionnalité », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 1997, n° 3, p. 73.

FOYER (J.), Pour la suppression du Conseil constitutionnel », *RA*, 1998, n° 301, p. 97.

FRANCOIS (B.), « Du juridictionnel au juridique. Travail juridique, construction jurisprudentielle du droit et montée en généralité », *in* CURAPP, *Droit et politique*, Paris, PUF, 1993, p. 201 et suiv.

FRANCOIS (B.), « L'influence des doctrines publiciste et privatiste. Un point de vue politiste », *in* DRAGO (G.), FRANCOIS (B.), MOLFESSIS (N.) (Dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1999, p. 90.

FRANCOIS (B.), « La constitution du droit ? La doctrine constitutionnelle à la recherche d'une légitimité juridique et d'un horizon pratique, *in* CURAPP, *La doctrine juridique*, Paris, PUF, 1993, p. 210.

FRANCOIS (B.), « Le Conseil constitutionnel et la Cinquième République. Réflexions sur l'émergence et les effets du contrôle de constitutionnalité en France », *RFSP*, n° 3- 4, 1997, p. 377.

FRANCOIS (B.), « Le juge, le droit et la politique : éléments d'une analyse politiste », *RFDC*, n° 1, 1990, p. 49.

FRANCOIS (B.), « Une revendication de juridiction. Compétence et justice dans le droit constitutionnel de la Ve République », *Politix*, n° 10- 11, 1990, p. 92.

GAUTRON (J.), MONJAL (P-Y.), « La décision 98-408 du Conseil constitutionnel relative au statut de la Cour pénale internationale : un soutien aux réticences nationales ? », *RRJ*, 1999- 4, p. 1225.

GENEVOIS (B.), « La jurisprudence du Conseil constitutionnel est-elle imprévisible ? », *Pouvoirs* 1991, n° 59, p. 135.

GENEVOIS (B.), « Le Traité sur l'Union européenne et la Constitution. A propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 92- 308 DC du 9 avril 1992 », *RFDA*, 1992, p. 401.

GERARD-COHEN (A.), « La jurisprudence du Conseil constitutionnel relative au domaine de la loi d'après l'article 34 de la Constitution », *RDP*, 1963, p. 745.

GONDOUIN (G.), « Le Conseil constitutionnel », *RDP*, 2001, p. 489.

GOYARD (Cl.), « Unité du droit et justice constitutionnel », *in Mélanges en hommage à Rolland Drago*, Paris, Economica, 1996, p. 43.

GUILLAUME (M.), « La question prioritaire de constitutionnalité », *in Justice et cassation, revue annuelle des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation*, 2010.

HAMON (L.), « L'Etat de droit et son essence », *RFDC* 1990, n° 4, p. 699.

HOURQUEBIE (F.), « Les nominations au Conseil constitutionnel », *LPA*, 31 mai 2001, n° 108, p. 9.

HUGLO (Ch.), « A propos de la question prioritaire de constitutionnalité : de nouvelles obligations aussi exigeantes qu'exaltantes pour les avocats », *Petites affiches*, 25 janvier 2010, n° 17, p. 6.

KELSEN (H.), « La garantie juridictionnelle de la Constitution », *RDP*, 1928, p. 239.

KLIMA (K.), « Vers un droit constitutionnel européen des droits de l'homme », KLIMA (K.), ROUSSILLON (H.) (Dir.), *Droit constitutionnel européen des droits de l'homme*, Toulouse, Presses de l'Université sociale de Toulouse, 2004, p. 13.

LABAYLE (H.), « Question prioritaire de constitutionnalité et question préjudicielle : ordonner le dialogue des juges ? », *RFDA*, 2010, p. 659.

LE POURHIET (A-M.), « Définir la démocratie », *RFDC*, 2011, p. 453.

LENOIR (N.), « Les rapports entre le droit constitutionnel français et le droit international à travers le filtre de l'article 54 de la Constitution de 1958 », *in* DUPUY (P.- M.) (Dir.), *Droit international et droit interne dans la jurisprudence comparée du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat*, Paris, Ed. Panthéon- Assas, 2001, p. 11.

LEVADE (A.), « Le Conseil constitutionnel aux prises avec la Constitution européenne », *RDP*, 2005, p. 19.

LEVADE (A.), « Les dispositions susceptibles d'être contestées », *JCPG*, 29 novembre 2010, p. 24.

LEVINET (M.), « La Convention européenne des droits de l'homme, socle de la protection des droits de l'homme dans le droit constitutionnel européen », *RFDC*, 2011, n° 86, p. 227.

LUCHAIRE (F.), « De la méthode en droit constitutionnel », *RDP*, 1981, p. 312.

LUCHAIRE (Fr.), « L'Union européenne et la Constitution », *RDP*, 1992, p. 593.

MATHIEU (B.), « La question de constitutionnalité, Quelles lois ? Quels droits fondamentaux ? », *LPA*, 25 juin 2009, p. 18.

MATHIEU (B.), « La sécurité juridique: un principe constitutionnel clandestin mais efficient », *in Droit constitutionnel, Mélanges Patrice Gélard*, Paris, Montchrestien, 1999, p. 301.

MATHIEU (B.), « Neuf mois de jurisprudence relative à la QPC. Un bilan », *Pouvoirs*, 2011, n° 137, p. 57.

MATHIEU (B.), MELIN-SOUCRAMANIEN (F.), « Editorial », *Constitutions*, 2011, n° 1, p. 1.

MATHIOT (A.), « Agonie de quelques vieux principes », *in Pages de doctrine*, Paris, LGDJ, 1980, p. 81.

MAUS (D.), « La naissance du contrôle de constitutionnalité en France, *in L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs : Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Paris, Dalloz, 2003, p. 714.

MBONGO (P.), « Droit au juge et prééminence du droit. Bréviaire processualiste de l'exception d'inconstitutionnalité », *D*. 2008, p. 2089.

MERCUZOT (B.), « Saisines parlementaires et constitutionnalisme », *in* CURAPP, *Droit et politique*, Paris, PUF, 1993, p. 65.

MESNARD (A-H.), « Dix années de jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière de répartition des compétences législatives et règlementaires », *AJDA*, 1970, p. 262.

MOUZET (P.), « Les manifestations contentieuses de l' « esprit de la Constitution » de 1958 », *RDP* 2004, n° 5, p. 1243.

PACTET (P.), « A propos de la marge de liberté du Conseil constitutionnel », *Mélanges Jacques Robert*, Paris, Montchrestien, 1998, p. 279.

PARIENTE (A.), Le Conseil constitutionnel et la théorie de la séparation des pouvoirs », *in* PARIENTE (A.), *La séparation des pouvoirs. Théorie contestée et pratique renouvelée*, Paris, Dalloz, 2007, 153 p.

PELLET (A.), « Le conseil constitutionnel, la souveraineté et les traités – A propos de la décision du Conseil constitutionnel du 31 décembre 1997 (Traité d'Amsterdam) », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2000, n° 4.

PHILIPPE (X.), « La question prioritaire de constitutionnalité : à l'aube d'une nouvelle ère pour le contentieux constitutionnel français… Réflexions après l'adoption de la loi organique », *RFDC*, 2010, n° 83, p. 273.

POIRMEUR (Y.), « Le Conseil constitutionnel protège-t-il véritablement les droits de l'homme ? », *in* DRAGO (G.), FRANCOIS (B.), MOLFESSIS (N.) (Dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1999, p. 315.

QUIOT (G.), « De l'inconstitutionnalité de la loi du 31 décembre 2003 relative aux obligations de service public des télécommunications et à France Télécom », *AJDA*, 2005, p. 813.

REDOR (M-J.), « La démocratie dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et ses représentations », *in* DRAGO (G.), FRANCOIS (B.), MOLFESSIS (N.) (Dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1999, p. 346.

RENAUDIE (V.), « La question prioritaire de constitutionalité : du palais de justice de Brive-la - Gaillarde et du tribunal administratif de Limoges au Palais Royal », *Gazette du Palais*, 23 mars 2010, n° 82, p. 10.

RIALS (S.), « Les incertitudes de la notion de Constitution sous la Ve République », *RDP* 1984, p. 587.

ROBERT (J.), « Le Conseil constitutionnel a-t-il démérité ? », *in L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs : Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Paris, Dalloz, 2003, p. 861.

ROBLOT-TROIZIER (A.), « L'impact de la révision constitutionnelle sur les droits et libertés », *AJDA*, 2008, p. 1866.

ROBLOT-TROIZIER (A.), « L'indépendance des médias en question », *RFDA*, 2009, p. 585.

ROLIN (F.), « Pour un « discours sur la méthode » du contrôle de constitutionnalité par voie d'exception », *AJDA*, 2010, p. 2384.

ROSETTO (J.), « L'Union européenne face à l'identité constitutionnelle de la France », *in Constitutions et pouvoirs, Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel*, Paris, Montchrestien, 2008, p. 448.

ROUSSEAU (D.), « Constitutionnalisme et démocratie », *La Vie des idées*, 19 septembre 2009, http://www.laviedesidees.fr/Constitutionnalisme-et-democratie.

ROUSSEAU (D.), « De la démocratie continue », *in* ROUSSEAU (D.) (Dir.), *La démocratie continue*, Paris, LGDJ, 1995, p. 5.

ROUSSEAU (D.), « L'Etat de droit est-il un Etat de valeurs particulières ? », *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs*, *Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Paris, Dalloz, 2003, p. 885.

ROUSSEAU (D.), « La démocratie continue. Espace public et juge constitutionnel », *Le Débat*, 1997, n° 96, p. 73.

ROUSSEAU (D.), « La jurisprudence constitutionnelle : quelle « nécessité démocratique »? », *in* DRAGO (G.), FRANCOIS (B.), MOLFESSIS (N.) (Dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1999, p. 365.

ROUSSEAU (D.), « La question prioritaire de constitutionnalité. Premier bilan et prospective », *JCPG*, 29 septembre 2010, n° 48, p. 16.

ROUSSEAU (D.), « Les transformations du droit constitutionnel sous la Ve République », *RDP*, 1998, p. 1781.

ROUSSEAU (D.), « Pour ou contre la limitation du pouvoir du juge constitutionnel », *RA*, 1998, n° 301, p. 197.

ROUSSEAU (D.), « Question de constitution », *in Le nouveau constitutionnalisme : Mélanges en l'honneur de Gérard Connac*, Paris, Economica, 2001, p. 3.

ROUSSEAU (D.), « Une résurrection : la notion de Constitution », *RDP* 1990, p. 5.

ROUX (J.), « Le Traité établissant une Constitution pour l'Europe à l'épreuve de la Constitution française », *RDP*, 2005, p. 59.

SABETE (W.), « De l'insuffisante argumentation des décisions du Conseil constitutionnel », *AJDA*, 2011, p. 885.

SAVY (R.), « La constitution des juges », *D*. 1983, chron., p. 105.

SCHOETTL (J-E.), « La rétroactivité d'une législation fiscale n'est pas anticonstitutionnelle », *AJDA*, 1997, p. 969.

SCHOETTL (J-E.), « La place du Conseil dans la démocratie française », http://www.conseil-constitutionnel.fr/

SERVICE JURIDIQUE DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL, « Le Conseil constitutionnel et la protection des droits fondamentaux », http://www.conseilconstitutionnel.fr/.

SERVICE JURIDIQUE DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL, « Le Conseil constitutionnel et la transparence juridique », http://www.conseilconstitutionnel.fr/

SIMON (D.), « L'obscure clarté de la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative à la transposition des directives communautaires », *Europe*, octobre 2006, n° 10, alerte 42.

STIRN (B.), « Le filtrage selon le Conseil d'Etat », *JCP*, 29 novembre 2010, p. 24.

THIRION (N.), « Existe-t-il des limites juridiques à la privatisation des entreprises publiques ? », *Revue internationale de droit économique*, 2002, n°4, p. 646.

TROPER (M.), « Démocratie continue et justice constitutionnelle », *in* ROUSSEAU (D.) (Dir.), *La démocratie continue*, Paris, LGDJ, 1995, p. 126.

TROPER (M.), « Justice constitutionnelle et démocratie », *RFDC*, 1990, n° 1, p. 37.

TROPER (M.), « La démocratie comme Etat de droit », http://www.unesco.chairephilo.uqam.

TROPER (M.), « La liberté d'interprétation du juge constitutionnel », *in* AMSELEK (P.) (Dir.), *Interprétation et droit*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 235.

TROPER (M.), « La logique de la justification du contrôle de constitutionnalité des lois », *in L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs : Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Paris, Dalloz, 2003, p. 911.

TROPER (M.), « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle, *in Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1977, p. 68.

VALEMBOIS (A-L.), « La sécurité juridique: une constitutionnalisation en marche mais non aboutie (Bilan de la jurisprudence constitutionnelle de 2005) », *LPA*, 13 juin 2006, n° 117, p. 7.

VEDEL (G.), « Doctrine et jurisprudence constitutionnelles », *RDP* 1989, p. 11.

VEDEL (G.), « Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 1, 1996, p. 80.

VEDEL (G.), « La manière dont les saisines sont perçues par les membres du Conseil », *in* Association française des constitutionnalistes, *Vingt ans de saisine parlementaire du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1995, p. 63.

VEDEL (G.), « Le Conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme », *Pouvoirs*, 1988, n° 45, p. 149.

VEDEL (G.), « Le Conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme », *Pouvoirs*, 1989, n° 45, p. 149.

VEDEL (G.), « Préface », *in* ROUSSEAU (D.) (Dir.), *La démocratie continue*, Paris, LGDJ, 1995, p. VI.

VEDEL (G.), « Réflexions sur la singularité de la procédure devant le Conseil constitutionnel », *in Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs : mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Paris, Dalloz, 1996, p. 537.

VEDEL (G.), « Réflexions sur quelques apports de la jurisprudence du Conseil d'Etat à la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *in Mélanges René Chapus*, Paris, Montchrestien, 1992, p. 647.

VERPEAUX (M.), « La question préjudicielle de constitutionnalité et le projet de loi organique », *AJDA*, 2009, p. 1474.

VERPEAUX (M.), « Le Conseil constitutionnel, 49 ans après… », *LPA*, 10 juillet 2008, n° 138, p. 62.

VERPEAUX (M.), « Question préjudicielle et renouveau constitutionnel », *AJDA*, 2008, p. 1879.

VERPEAUX (M.), « Question prioritaire de constitutionnalité et libre administration des collectivités territoriales », *AJDA*, 2010, p. 1594.

VIDAL-NAQUET (A.), « La constitutionnalisation des branches du droit et « l'impérialisme du droit public » », *in* BIOY (X.) (Dir.), *L'identité du droit public*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2011, p. 89.

VIDAL-NAQUET (A.), « Les visas dans les décisions du Conseil constitutionnel », *RFDC* 2006, n° 67, p. 535.

WERNER (A.), « Le conseil constitutionnel et l'appropriation du pouvoir constituant », *Pouvoirs*, 1993, n° 67, p. 117.

ZOLLER (E.), « La justice comme contre-pouvoir : regards croisés sur les pratiques américaine et française », *Revue internationale de droit comparé*, 2001, n° 3, p. 559.

Discours et interventions

ALLIOT- MARIE (M.), discours prononcé à l'occasion des Cinquante ans du Conseil constitutionnel, www.justice.gouv.fr

DEBRE (J-L.), « Allocution à l'occasion de l'entrée en vigueur de l'article 61- 1 de la Constitution », http://www.conseil-constitutionnel.fr/

DEBRE (J-L.), allocution le lundi 5 octobre 2009 à l'occasion de la présentation aux bâtonniers de l'ouvrage et du CD Rom, http://www.conseil-constitutionnel.fr/

DEBRE (J-L.), discours prononcé à l'occasion du cinquantième anniversaire de la naissance du Conseil constitutionnel, http://www.conseil-constitutionnel.fr

DEBRE (J-L.), discours prononcé lors du Colloque sur la question de constitutionnalité avec les Avocats à la cour, http://www.conseil-constitutionnel.fr

DUTHEILLET DE LAMOTHE (O.), « La sécurité juridique. Le point de vue français », Exposé à l'occasion de l'accueil des hauts magistrats brésiliens, le 20 septembre 2005, http://www.conseil-constitutionnel.fr

DUTHEILLET DE LAMOTHE (O.), discours prononcé au Conseil constitutionnel le 16 juillet 2007, http://www.conseil- constitutionnel.fr

GUENA (Y.), discours prononcé à l'occasion du 150e anniversaire de l'Etat fédéral suisse le 13 juin 1998, http://www.conseil- constitutionnel.fr

MAZEAUD (P.), « L'évolution de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les lois de transposition des directives », http://www.conseil- constitutionnel.fr

MAZEAUD (P.), *La place des considérations extra- juridiques dans l'exercice du contrôle de constitutionnalité*, Erevan, 29 septembre-2 octobre 2005, http://www.conseil-constitutionnel.fr

MAZEAUD (P.), Vœux au Président de la République le 3 janvier 2007, http://www.conseil-constitutionnel.fr

D/ La justice constitutionnelle à l'étranger

Ouvrages et monographies

LAMBERT (Ed.), *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats- Unis : l'expérience américaine du contrôle judiciaire de constitutionnalité des lois* (1921), Paris, Dalloz, 2005, 276 p.

LERAT (Ch.), *La Cour suprême des Etats-Unis : pouvoirs et évolution historique*, 6e éd., Presses Universitaires de Bordeaux, Talence, 1997, 328 p.

LUCHAIRE (Fr.), *Le juge constitutionnel en France et aux Etats- Unis. Etude comparée*, Paris, Economica, 82 p.

ROUSSEAU (D.), *La justice constitutionnelle en Europe*, Paris, Montchrestien, 1992, 160 p.

Thèses

BARBE (V.), *Le rôle du Parlement dans la protection des droits fondamentaux. Etude comparative : Allemagne, France, Royaume- Uni*, Paris, LGDJ, 2009, 527 p.

BEGUIN (J-Cl.), *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en République fédérale d'Allemagne*, Paris, Economica, 1982, 311 p.

CAPITANT (D.), *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, Paris, LGDJ, 2001, 348 p.

CARPANO (E.), *Etat de droit et droits européens*, Paris, L'Harmattan, 2005, 662 p.

JOUANJAN (O.), *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, th., Paris, Economica,1992, 449 p.

VIALLE (P.), *La Cour Suprême et la représentation politique aux Etats- Unis. Nouvel essai sur le gouvernement des juges*, Paris, LGDJ, 1972, 245 p.

Articles

AMIR-MOAZAMI (S.), « Production discursive et fabrication juridique : le foulard de l'enseignante en Allemagne », *Droit et Société*, 2008, n° 68, p. 110.

ARNOLD (R.), « Les développements des principes de base des droits fondamentaux par la Cour constitutionnelle allemande », *Mélanges Jacques Robert*, Paris, Montchrestien, 1998, p. 463.

EISENMANN (Ch.), « La justice constitutionnelle dans la République fédérale d'Allemagne », *Mélanges Léo Hamon*, Paris, Economica, 1982, p. 195.

FAVOREU (L.), « Les juges constitutionnels et la vie », *Droits*, 1991, n° 13, p. 75.

FROMONT (M.), « Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République fédérale d'Allemagne », *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1975, p. 68.

FROMONT (M.), « Le juge constitutionnel », *Pouvoirs*, 1982, n° 22, p. 42.

FROMONT (M.), « République fédérale d'Allemagne. L'Etat de droit », *RDP*, 1984, p. 1212.

FROMONT (M.), « La Cour constitutionnelle fédérale et le droit », *Droits*, 1990, n° 11, p. 119.

FROMONT (M.), « Le Traité sur l'Union européenne et le juge constitutionnel en France et en Allemagne », *Mélanges Peiser*, PUG, Grenoble, 1995, p. 232.

FROMONT (M.), « Entretien avec M. le professeur Hans-Jürgen Papier », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2003, n° 15, p. 180.

FROMONT (M.), « Présentation de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne », *Cahiers du droit constitutionnel*, 2003, n° 15, p. 162.
GREWE (C.), « L'arrêt de la Cour constitutionnelle fédérale allemande du 12 octobre 1993 sur le Traité de Maastricht : l'Union européenne et les droits fondamentaux », *RUDH*, 1993, p. 228.
JOUANJAN (O.), « La théorie allemande des droits fondamentaux », *AJDA*, 1998, p. 44.
PINTO (R.), « La Cour Suprême américaine et la liberté d'avortement », *RDP*, 1995, p. 1119.
STARCK (Ch.), « La jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale concernant les droits fondamentaux », *RDP*, 1988, p. 1263.
ZIMMER (W.), « Allemagne », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1999, p. 91.
ZOLLER (E.), « La justice contre-pouvoir : regards croisés sur les pratiques américaines et française », *RIDC*, 2001, n° 3, p. 563.

V/ Jurisprudence

A/ Arrêts du Conseil d'Etat

CE, 10 février 1950, *Sieur Gicquel*, Rec. Leb., p. 100.
CE, Ass., 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*, *RFDA*, 2004, p. 461.
CE, 25 février 2005, *France Télécom*, *AJDA*, 2008, p. 638.
CE, Ass., 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, *RFDA*, 2007, p. 385, concl. M. Guyomar.

B/ Décisions du Conseil constitutionnel[2534]

1/ Le contrôle a priori de constitutionnalité des lois

C. Constit, n° 62-20 DC du 6 novembre 1962, *Loi référendaire*, Rec., p. 27.
C. Constit., n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, *Liberté d'association*, Rec., p. 29.
C.Constit, n° 74-54 du 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse*, Rec., p. 19 ; *D*. 1975, p. 529, note L. Hamon ; *AJDA*, 1975, p. 134, note J. Rivero.
C. Constit., n° 85-197 DC du 23 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle Calédonie*, Rec., p. 70.

[2534] Les commentaires et notes sur les décisions du Conseil constitutionnel sont précisés avec la référence jurisprudentielle, dès lors qu'ils ont été utilisés dans le corps de la thèse.

C. Constit., n° 98-404 du 18 décembre 1998, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 1999*, Rec., p. 315.

C. Constit., n° 2001-446 DC du 27 juin 2001, Rec., p. 74.

C. Constit., n° 03-469 DC du 26 mars 2003, *Révision constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République*, JO du 29 mars 2003, p. 55.

C. Constit., n° 80-119 DC du 22 juillet 1980, *Loi portant validation d'actes administratifs*, Rec., p. 46. (indépendance juridiction administrative)

C. Constit., n° 2002-461 DC du 29 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation pour la justice*, Rec., p. 204. (indépendance justice des mineurs)

a/ Sur la décentralisation et le principe constitutionnel de « libre administration des collectivités territoriales »

C. Constit., n° 79-104 DC, du 23 mai 1979, Rec., p. 27.

C. Constit., n° 82-137 DC du 25 février 1982, *Loi relative aux droits et libertés des communes, des départements et des* régions, Rec., p. 38.

C. Constit., n° 82-146 DC du 18 novembre 1982, Rec., p. 66.

C. Constit., n° 82-149 DC du 28 décembre 1982, Rec., p. 76.

C. Constit., n° 83-168 du 20 janvier 1984, *Loi portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale*, JO 21 janvier 1984, p. 368.

C. Constit., n°84-174 DC du 25 juillet 1984, Rec., p.48.

C. Constit., n° 84-185 DC du 18 janvier 1985, Rec., p. 35.

C. Constit n° 85-196 DC du 8 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle Calédonie*, Rec., p. 63.

C. Constit., n° 90-277 DC du 25 juillet 1990, *Loi relative à la révision générale des évaluations des immeubles retenus pour la détermination des bases des impôts directs locaux*, J.O du 27 juillet 1990, p. 9021.

C. Constit., n° 90-280 DC du 6 décembre 1990, Rec., p. 84.

C. Constit., n° 91-290 DC du 9 mai 1991, *Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse*, JO du 14 mai 1991, p. 6350.

C. Constit., n° 94-358 DC du 26 janvier 1991, Rec., p. 183.

C. Constit., n° 91-291 DC du 6 mai 1991, Rec., p.40.

C. Constit., n° 93-331 DC du 13 janvier 1994, Rec., p. 17.

C. Constit., n° 94-341 DC du 6 juillet 1994, Rec., p. 88.

C. Constit., n° 96-373 DC du 9 avril 1996, Rec., p. 43.

C. Constit., n° 99-412 DC du 15 juin 1999, *Charte européenne des langues régionales ou minoritaires*, JO du 18 juin 1999, Rec., p. 8964.

C. Constit., n° 2000-432 DC du 12 juillet 2000, *Loi de finances rectificative pour 2000*, Rec., p. 104.

C. Constit., n° 2000-442 DC du 28 décembre 2000, *Loi de finances pour 2001*, Rec., p. 211.

C. Constit., n° 2001-454 DC du 17 janvier 2002, *Loi relative à la Corse*, JO du 23 janvier 2002, p. 1526.

C. Constit., n° 2003-478 DC du 30 juillet 2003, Rec., p. 406.

C. Constit., n° 2010-618 DC du 9 décembre 2010, *Loi de réforme des collectivités territoriales*, JO, 17 décembre 2010, p. 22181.

b/ Sur l'articulation entre le droit interne et le droit international et le principe constitutionnel de « conditions essentielles de souveraineté nationale »

C. Constit., n° 70-39 DC du 19 juin 1970, *Traité signé à Luxembourg le 22 avril 1970*, Rec., p. 15 ; *JCP*, 1970, I, p. 2354, note D. Ruzié ; *RGDIP*, 1971, p. 239, note Ch. Rousseau ; *RDP*, 1971, p. 176, note Q. Emeri, J.- C. Gautron.

C. Constit., n°76-71 DC du 29- 30 décembre 1976, *décision du conseil des communautés européennes relative à l'élection de l'Assemblée des Communautés au suffrage universel direct*, Rec., p. 15.

C. Constit., n° 85-188 DC du 22 mai 1985, *Protocole n°6 additionnel à la Convention européenne des Droits de l'homme et des libertés fondamentales concernant l'abolition de la peine de mort, signé par la France le 28 avril 1983*, Rec., p. 15 ; *AFDI*, 1985, p. 868, note L. Favoreu

C. Constit., n° 92-308 DC du 9 avril1992, *Traité sur l'Union européenne*, Rec., p. 55 ; GENEVOIS (B.), « Le Traité sur l'Union européenne et la Constitution. A propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 92- 308 DC du 9 avril 1992 », *RFDA*, 1992, p. 401.

C. Constit., n° 97-394 DC du 31 décembre 1997, *Traité d'Amsterdam modifiant le Traité sur l'Union européenne, les Traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes*, Rec., p. 344 ; PELLET (A.), « Le conseil constitutionnel, la souveraineté et les traités – A propos de la décision du Conseil constitutionnel du 31 décembre 1997 (Traité d'Amsterdam) », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2000, n° 4.

C. Constit., n° 98-408 DC du 22 janvier 1999, *Traité portant statut de la Cour pénale internationale*, Rec., p. 29 ; GAUTRON (J.), MONJAL (P.- Y.), « La décision 98- 408 du

Conseil constitutionnel relative au statut de la Cour pénale internationale : un soutien aux réticences nationales ? », *RRJ*, 1999-4, p. 1225.

C. Constit., n°2004-496 DC du 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, Rec., p. 101.

C. Constit., n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, Rec., p. 173.

C. Constit., n° 2005-524/ 525 DC du 13 octobre 2005, *Engagements internationaux relatifs à la peine de mort*, Rec., p. 142.

C. Constit., n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, Rec., p. 88.

C. Constit., n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*, Rec., p. 120.

C. Constit., n° 2007-560 DC du 20 décembre 2007, *traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne*, Rec., p. 459 ; BECHET- GOLOVKO (K.), « Qu'en est- il du concept de « souveraineté » ? A l'occasion de la décision du Conseil constitutionnel sur le Traité de Lisbonne », *Politeia*, 2008, n° 13, p. 75.

C. Constit., n° 2010-605 DC du 12 mai 2010, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régularisation du secteur des jeux de hasard en ligne*, JO du 13 mai 2010, p. 8897.

C. Constit., n° 2010-79 QPC du 17 décembre 2010, *M. Kamel D. (Transposition d'une directive)*, JO du 19 décembre 2010, p. 22373.

c/ Sur la privatisation d'entreprises publiques et le principe constitutionnel de « service public constitutionnel »

C. Constit, n°77-87 DC du 23 novembre 1977, *Liberté d'enseignement et de conscience*, Rec., p. 42.

C. Constit, n°77-90 DC du 30 décembre 1977, *Examen de la dernière loi de finances rectificative pour 1977 et, notamment, de son article 6*, Rec., p. 44.

C. Constit., n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, *Loi de nationalisation*, Rec., p. 18.

C. Constit., n°82-148 DC du 14 décembre 1982, *Loi relative à la composition des conseils d'administration des organismes du régime général de sécurité sociale*, Rec., p. 73

C. Constit., n°84-184 DC du 29 décembre 1984, *Loi de finances pour 1985*, Rec., p. 94.

C. Constit., n° 84-185 DC du 18 janvier 1985, *Loi modifiant et complétant la loi n°83- 663 du 22 juillet 1983 et portant dispositions diverses relatives aux rapports entre l'Etat et les collectivités territoriales*, JO, 20 janvier 1985, p. 821.

C. Constit., n°86-207 DC des 25 et 26 juin 1986, *Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*, Rec., p. 61.

C. Constit., n°86-217 DC du 18 septembre 1986, *Loi relative à la liberté de communication*, Rec., p. 141.

C. Constit., n° 87-232 DC, 7 janvier 1988, *Loi relative à la mutualisation de la Caisse nationale de Crédit* agricole, Rec., p. 17.

C. Constit., n° 90-285 DC du 28 décembre 1990, *Loi de finances pour 1991*, Rec., p. 95.

C. Constit., n° 96-375 DC du 9 avril 1996, *Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier*, Rec., p. 60.

C. Constit, n° 96-380 DC du 23 juillet 1996, *Loi relative à l'entreprise nationale France Telecom*, Rec., p. 107.

C. Constit., n° 99-416 DC du 23 juillet 1999, *Loi portant création d'une couverture maladie universelle*, Rec., p. 100.

C. Constit., n° 2002-461 DC du 29 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation pour la justice*, Rec., p. 195.

C. Constit., n° 2004-501 DC du 5 août 2004, *Loi relative au service public de l'électricité et du Gaz et aux entreprises électriques et gazières*, Rec., p. 134.

d/ Sur la répartition des compétences entre le Gouvernement et le Parlement et spécialement celles relatives aux catégories d'établissements publics

C. Constit., n° 1-L du 29 novembre 1959, *Régie Autonome des Transports Parisiens*, Rec., p. 67.

C. Constit., n° 15 L du 18 juillet 1961, *Institut des hautes études de l'outre-mer*, Rec., p. 38.

C. Constit., n° 64-27 L des 17 et 19 mars 1964, *Examen de certaines dispositions des articles 1er, 5, 6, 7 bis et 11 de l'ordonnance n°59- 273 du 4 février 1959 relative à la Radiodiffusion-Télévision française, ainsi que de celles de l'article 70 de la loi n°61- 1396 du 21 décembre 1961 portant loi de finances pour 1962*, Rec., p. 33 ; *D*. 1965, p. 189, note L. Hamon.

C. Constit., n° 67-47 L du 12 décembre 1967, *Examen de certaines dispositions de l'article 1er de l'ordonnance n° 59-151 du 7 janvier 1959 relative à l'organisation des transports de voyageurs dans la région parisienne*, Rec., p. 34.

C. Constit., n° 68- 50 L du 30 janvier 1968, *Examen de certaines dispositions de l'article 9 de l'ordonnance n°59-273 du 4 février 1959 relative à la radiodiffusion- télévision française et de l'article 52 de la loi n°60- 1384 du 23 décembre 1960, portant loi de finances pour 1961*, Rec., p. 23.

C. Constit., n° 76-93 L du 6 octobre 1976, *Appréciation de la nature juridique de certains textes relatifs à l'administration communale (personnel communal)*, Rec., p.63.

C. Constit., n° 79-107 L du 30 mai 1979, *Nature juridique des dispositions de l'article 2 de la loi n° 67- 7 du 3 janvier 1967 portant création d'organismes de recherche (Agence nationale de valorisation de la recherche)*, Rec., p. 44.

C. Constit., n° 79-108 L du 25 juillet 1979, *Nature juridique des dispositions des articles L. 30- 1 à L. 330- 9 du Code du travail relatifs à l'Agence nationale pour l'emploi*, Rec., p. 45.

C. Constit., n°87- 152 L du 24 novembre 1987, *Nature juridique de la dénomination « Office national d'immigration*, Rec., p. 58.

C. Constit., n° 82-124 L du 23 juin 1982, *Nature juridique des dispositions du premier alinéa de l'article 13 et du deuxième alinéa de l'article 14 de la loi n° 64- 1245 du 16 décembre 1964 relative au régime et à la répartition des eaux et à la lutte contre leur pollution*, Rec., p. 99.

C. Constit., n° 82-127 L du 10 novembre 1982, *Nature juridique des dispositions de l'article 4, alinéa 2, de la loi n° 75- 1 du 3 janvier 1975 portant création du Centre national d'art et de culture Georges-Pompidou*, Rec., p. 103.

C. Constit., n° 83-168 DC du 20 janvier 1984, *Loi relative au statut de la fonction publique territoriale*, Rec., p. 38.

C. Constit., n° 89-162 L du 5 décembre 1989, *Nature juridique de dispositions de l'article 22 de la loi n°66-948 du 22 décembre 1966 concernant l'Institut national de la consommation*, Rec., p. 100.

C. Constit., n° 93-322 DC du 28 juillet 1993, *Loi relative aux établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel*, JO, 30 juillet 1993, p. 10750.

C. Constit., n° 99-186 L du 31 mai 1999, *Nature juridique des dispositions du premier alinéa de l'article 1er de l'ordonnance n° 59-151 du 7 janvier 1959 modifiée relative à l'organisation des transports de voyageurs dans la région parisienne*, Rec., p. 69.

C. Constit., n° 2000-439 DC du 16 janvier 2001, *Loi relative à l'archéologie préventive*, Rec., p. 42.

e/ Conseil constitutionnel et principe de sécurité juridique

C. Constit., n° 97-391 DC du 7 novembre 1997, *Loi portant mesures urgentes à caractère fiscal et financier*, Rec., p. 132.

C. Constit., n° 98-404 du 18 décembre 1998, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 1999*, Rec., p. 315.

C. Constit., n° 98-401 DC du 10 juin 1998, *Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail*, Rec., p. 258.

C. Constit., n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, *Loi de modernisation sociale*, Rec., p. 49.

C. Constit., n° 2003-475 DC du 24 juillet 2003, *Loi portant réforme de l'élection des sénateurs*, Rec., p. 397.

C. Constit., n° 2004-499 DC du 29 juillet 2004, *Loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel*, Rec., p. 126.

C. Constit., n° 2005-530 DC du 29 décembre 2005, *Loi de finance pour 2006*, Rec., p. 168.

C. Constit., n° 2007-550 DC du 27 février 2007, *Loi relative à la modernisation de la diffusion audiovisuelle et à la télévision du futur*, Rec., p. 81.

C. Constit., n° 2008-571 DC du 11 décembre 2008, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2009*, Rec., p. 378.

f/Le principe de séparation des pouvoirs

C. Constit., n° 78-95 du 27 juillet 1978, *Loi relative à l'enseignement et à al formation professionnelle*, Rec., p. 26.

C. Constit., n° 78-102 DC du 17 janvier 1979, *Loi portant approbation d'un rapport sur l'adaptation du VIIe Plan*, Rec., p. 26.

C. Constit., n° 79-104 DC du 23 mai 1979, *Loi modifiant les modes d'élection de l'Assemblée territoriale et du Conseil du gouvernement du territoire de la Nouvelle- Calédonie et dépendances*, Rec., p. 27.

C. Constit., n° 80-119 DC du 22 juillet 1980, *Loi portant validation d'actes administratifs*, Rec., p. 46.

Voir C. Constit., n° 98-403 DC du 29 juillet 1998, *Loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions*, Rec., p. 276.

C. Constit., n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*, Rec., p. 8.

C. Constit., n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, *Loi relative à la liberté de communication*, Rec., p. 18.

C. Constit., n° 2004-504 DC du 12 août 2004, *Loi relative à l'assurance maladie*, Rec., p. 153.

C. Constit., n° 2009-577 DC du 3 mars 2009, *Loi relative à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision*, Rec., p. 64.

g/ La procédure devant le Conseil constitutionnel

C. Constit., n° 86-211 DC du 26 août 1986, *Loi relative aux contrôles et vérifications d'identité*, Rec., p. 120.

C. Constit., n° 96-374 DC du 9 avril 1996, *Loi complétant le statut d'autonomie de la Polynésie française*, Rec., p. 58.

C. Constit., n° 96-386 DC du 30 décembre 1996, *Loi de finance rectificative pour 1996*, Rec., p. 154.

h/ Les droits et libertés

Le principe d'égalité

C. Constit., n° 2000- 442 DC du 28 décembre 2000, *Loi de finances pour 2001*, Rec., p. 211.

C. Constit., n° 2003-477 DC du 31 juillet 2003, *Loi pour l'initiative économique*, Rec., p. 418.

Le droit de propriété

C. Constit., n° 86-207 DC du 26 juin 1986, *Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*, Rec., p. 61.

C. Constit. n° 86-217 du 18 septembre 1986, *Loi relative à la liberté de communication*, Rec., p. 141.

C. Constit., n° 89-256 DC du 25 juillet 1989, *Loi portant dispositions diverses en matière d'urbanisme et d'agglomérations nouvelles*, Rec., p. 53.

La liberté d'expression

C. Constit., n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*, Rec., p. 107.

L'indépendance des enseignants-chercheurs

C. Constit., n° 83-165 DC du 20 janvier 1984, *Loi relative à l'enseignement supérieur*, Rec., p. 30.

Le droit de l'environnement

C. Constit., n° 2005-514 DC du 28 avril 2005, *Loi relative à la création d'un registre international*, Rec., p. 78.

C. Constit., n° 2005-516 DC du 7 juillet 2005, *Loi de programmation fixant les orientations en matière énergétique*, Rec., p. 102.

C. Constit., n° 2008-564 DC du 19 juin 2008, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*, Rec., p. 313.

C. Constit., n° 2009-599 DC du 29 décembre 2009, *Lois de finances pour 2010*, Rec., p. 218.

C. Constit., n° 2008-564 DC du 19 juin 2008, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*, Rec., p. 313.

La dignité de la personne humaine

C. Constit., n° 94-343/ 344 DC du 27 juillet 1994, *Bioéthique*, Rec., p. 100.

Le droit de disposer d'un logement décent

C. Constit., n° 94-359 DC du 19 janvier 1995, *Loi relative à la diversité de l'habitat*, Rec., p. 176.

C. Constit., n° 98-403 DC du 29 juillet 1998, *Loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions*, Rec., p. 276.

La liberté contractuelle

C. Constit., n° 2000-437 DC du 19 décembre 2000, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2001*, Rec., p. 190.

2/ Le contrôle de constitutionnalité par voie d'exception

a/ La notion de « droit » ou « liberté » au sens de l'article 61- 1 de la Constitution

C. Constit., n° 2010-12 QPC du 2 juillet 2010, *Commune de Dunkerque (Fusion de communes)*, JO du 3 juillet 2010, p. 12121.

C. Constit., n° 2010-4/ 17 QPC du 22 juillet 2010, *M. Alain C. et autre (Indemnité temporaire de retraite outre- mer)*, JO du 23 juillet 2010, p. 13615.

C. Constit., n° 2010-5 QPC du 18 juin 2010, *SNC KIMBERLY CLARK (Incompétence négative en matière fiscale)*, JO du 19 juin 2010, p. 11149.

C. Constit., n° 2010-4/ 17 QPC du 22 juillet 2010, *M. Alain C. et autre (Indemnité temporaire de retraite outre- mer)*, JO du 23 juillet 2010, p. 13615.

C. Constit., n° 2010–19/ 27 QPC du 30 juillet 2010, *Epoux P. et autre (Perquisitions fiscales)*, JO du 31 juillet, p. 14202.

C. Constit., n° 2010-77 QPC du 10 décembre 2010, *Mme Barta Z. (Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité)*, JO du 11 décembre 2010, p. 21711.

C. Constit., n° 2011-130 QPC du 20 mai 2011, *Mme Cécile L. et autres (Langues régionales)*, JO du 20 mai 2011, p. 8889.

C. Constit., n° 2010-29/ 37 QPC du 22 septembre 2011, *Commune de Besançon et autre (Instruction CNI et passeports)*, JO du 23 septembre 2010, p. 17293.

b/ Le principe d'égalité

C. Constit., n° 2010-1 QPC du 28 mai 2010, *Consorts L. (Cristallisation des pensions)*, JO du 29 mai 2010, p. 9728 ; KATZ (D.), « La décision n° 2010- 1 QPC : épilogue ou simple épisode du contentieux de la cristallisation ? », *RFDA*, 2010, p. 717.

C. Constit., n° 2010-99 QPC du 11 février 2011, *Mme Laurence N. (Impôt de solidarité sur la fortune – Plafonnement)*, JO du 12 février 2011, p. 2757.

C. Constit., n° 2010-11 QPC du 9 juillet 2010, *Mme Virginie M. (Pension militaire d'invalidité)*, JO du 10 juillet 2010, p. 12840.

C. Constit., n° 2010-13 QPC du 9 juillet 2010, *M. Orient O. et autre (Gens du voyage)*, JO du 10 juillet 2010, p. 12841.

C. Constit., n° 2010-18 QPC du 23 juillet 2010, *M. Lahcène A. (Carte du combattant)*, JO du 24 juillet 2010, p. 13729.

C. Constit., n° 2010-16 QPC du 23 juillet 2010, *M. Philippe E. (Organismes de gestion agréés)*, JO du 24 juillet 2010, p. 13728.

C. Constit., n° 2010-24 QPC du 6 août 2010, *Association nationale des sociétés d'exercice libéral et autres (Cotisation sociale des sociétés d'exercice libéral)*, JO du 7 août 2010, p. 14617.

C. Constit., n° 2010-44 QPC du 29 septembre 2010, *Epoux M. (Impôts de solidarité sur la fortune)*, JO du 30 septembre 2010, p. 17783.

C. Constit., n° 2010-39 QPC du 6 octobre 2010, *Mme Isabelle D. et Isabelle B. (Adoption au sein d'un couple non marié)*, JO du 7 octobre 2010, p. 18154.

C. Constit., n° 2010-58 QPC du 18 octobre 2010, *PROCOS et autres (Taxe sur les surfaces commerciales)*, JO du 19 octobre 2010, p. 18699.

C. Constit., n° 2010-67/ 86 QPC du 17 décembre 2010, *Région Centre et région Poitou-Charentes (AFPA- Transfert de biens publics)*, JO du 19 décembre 2010, p. 22373.

C. Constit., n° 2010-83 QPC du 13 janvier 2011, *M. Claude G. (Rente viagère d'invalidité)*, JO du 14 janvier 2011, p. 81.

C. Constit., n° 2010-93 QPC du 4 février 2011, *Comité Harkis et Vérité (Allocation de reconnaissance)*, JO du 5 février 2011, p. 2351.

C. Constit., n° 2010-101 QPC du 11 février 2011, *Mme Monique P. et autres (Professionnels libéraux soumis à une procédure collective)*, JO du 12 février 2011, p. 2758.

C. Constit., n° 2011-128 QPC du 6 mai 2011, *Syndicat SUD AFD (Conseil d'administration de l'Agence France- Presse)*, JO du 7 mai 2011, p. 7535.

c/ Retrait ou abrogation des actes juridiques

C. Constit., n° 2010-4/17 QPC du 22 juillet 2010, *M. Alain C. et autre (Indemnité temporaire de retraite outre-mer)*, JO du 23 juillet 2010, p. 13615.

C. Constit., n° 2010-19/27 QPC du 30 juillet 2010, *Epoux P. et autres (Perquisitions fiscales)*, JO du 31 juillet 2010, p. 14202.

C. Constit., n° 2010-29/37 QPC du 22 septembre 2010, *Commune de Besançon et autre (Instruction CNI et passeports)*, JO du 23 septembre 2010, p. 17293.

C. Constit., n° 2010-53 QPC du 14 octobre 2010, *Société Plombinoise de casino (Prélèvements sur le produit des jeux)*, JO du 15 octobre 2010, p. 18541.

C. Constit., n° 2011-118 QPC du 8 avril 2011, *M. Lucien M. (Biens des sections de commune)*, JO du 9 avril 2011, p. 6363.

d/ Le droit de propriété

C. Constit., n° 2010-26 QPC du 17 septembre 2010, *SARL l'Office central d'accession au logement (Immeubles insalubres)*, JO du 18 septembre 2010, p. 16951.

C. Constit., n° 2010-67/86 QPC du 17 décembre 2010, *Région Centre et région Poitou-Charentes (AFPA- Transfert de biens publics)*, JO du 19 décembre 2010, p. 22373.

C. Constit., n° 2010-87 QPC du 21 janvier 2011, *M. Jacques S. (Réparation du préjudice résultant de l'expropriation)*, JO du 22 janvier 2011, p. 1384.

e/ Les règles du procès équitable

C. Constit., n° 2010-15/ 23 QPC du 23 juillet 2010, *Région Languedoc- Roussillon et autres (Article 575 du code de procédure pénale)*, JO du 24 juillet 2010, p. 13727.

C. Constit., n° 2010-38 QPC du 29 septembre 2010, *M. Jean- Yves G. (Amende forfaitaire et droit de recours)*, JO du 30 septembre 2010, p. 17781.

C. Constit., n° 2010-69 QPC du 26 novembre 2010, *M. Claude F. (Communication d'informations en matière sociale)*, JO du 27 novembre 2010, p. 21118.

C. Constit., n° 2011-77 QPC du 10 décembre 2010, *Mme Barta Z. (Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité)*, JO du 4 décembre 2010, p. 21360.

C. Constit., n° 2010-62 QPC du 17 décembre 2010, *M. David M. (Détention provisoire devant le juge des libertés et de la détention)*, JO du 19 décembre 2010, p. 22372.

C. Constit., n° 2010-90 QPC du 21 janvier 2011, *M. Jean- Claude C. (Responsabilité solidaire des dirigeants pour le paiement d'une amende fiscale)*, JO du 22 janvier 2011, p. 1387.

C. Constit., n° 2011-125 QPC du 6 mai 2011, *M. Abderrahmane L. (Défèrement devant le procureur de la République)*, JO du 30 avril 2011, p. 7535.

C. Constit., n° 2011-129 QPC du 13 mai 2011, *Syndicat des fonctionnaires du Sénat (Actes internes des Assemblées parlementaires)*, JO du 14 mai 2011, p. 8401.

C. Constit., n° 2011-126 QPC du 13 mai 2011, *Société Système U Centrale Nationale et autres (Action du ministre des pratiques restrictives de concurrence)*, JO du 13 mai 2011, p. 8400.

C. Constit., n° 2011-138 QPC du 17 juin 2011, *Association Vivraviry (Recours des associations)*, JO du 18 juin 2011, p. 10460.

f/ Le principe d'indépendance de la justice

C. Constit., n° 2010-76 QPC du 3 décembre 2010, *M. Roger L. (Tribunaux des affaires de sécurité sociale (TASS))*, JO du 4 décembre 2011, p. 21360.

C. Constit., n° 2010-110 QPC du 25 mars 2011, *M. Jean- Pierre B. (Composition de la commission départementale d'aide sociale)*, JO du 26 mars 2011, p. 5406.

g/ Le principe de liberté

C. Constit., n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010, *Mlle Danielle S.(Hospitalisation sans consentement)*, JO du 27 novembre 2010, p. 21119.

C. Constit., n° 2011-135/140 QPC du 9 juin 2011, *M. Abdellatif B. et autre (Hospitalisation d'office)*, JO du 10 juin 2011, p. 9892.

La liberté d'aller et venir

C. Constit., n° 2010-13 QPC du 9 juillet 2010, *M. Orient O. et autre (Gens du voyage)*, JO du 10 juillet 2010, p. 12841.

La liberté d'expression

C. Constit., n° 2010-3 QPC du 28 mai 2010, *Union des familles en Europe (Associations familiales)*, JO du 29 mai 2010, p. 9730.

C. Constit., n° 2010-45 QPC du 6 octobre 2010, *M. Mathieu P. (Noms de domaine Internet)*, JO du 7 octobre 2010, p. 18156.

La liberté d'entreprendre

C. Constit., n° 2010-89 QPC du 21 janvier 2011, *Société Chaud Colatine (Arrêté de fermeture hebdomadaire de l'établissement)*, JO du 22 janvier 2011, p. 1387.

C. Constit., n° 2010-55 QPC du 18 octobre 2010, *M. Rachid M. et autres*, JO du 19 octobre 2010, p. 18695.

h/ *Le principe d'indépendance des enseignants- chercheurs*

C. Constit., n° 2010-20/21 QPC du 6 août 2010, *M. Jean C. et autres (Loi Université)*, JO du 7 août 2010, p. 14615.

i/ Le droit à la retraite

C. Constit., n° 2010-98 QPC du 4 février 2011, *M. Jacques N. (Mise à la retraite d'office)*, JO du 5 février 2011, p. 2355.

j/ Le droit de l'environnement

C. Constit., n° 2011-116 QPC du 8 avril 2011, *M. Michel Z. et autre (Troubles du voisinage et environnement)*, JO du 9 avril 2011, p. 6361.

INDEX DES NOMS

(L'index renvoie à l'ensemble des auteurs cités dans le corps de la thèse et au sein des notes de bas de page)

A

AKANDJI-KOMBE Jean-François 543

ALCARAZ Hubert 321

ALLAND Denis

AMIR-MOAZAMI Schirin 425-426

AMOS Maurice 205

AMSELEK Paul

ANSON William 81-83, 85

ARDANT Philippe 24, 182, 259-260, 265, 283

ARNOLD Rainer 383

AUBY Jean-Bernard 300, 319, 320, 323, 326, 329-330, 332

AUBY Jean-Marie 300, 320, 323, 332

AUSTIN John 87

AUTEXIER Christian 383

AVRIL Pierre 31, 36, 191, 278, 290, 305

B

BACHELARD Gaston 110

BACOT Guillaume 31, 265

BACOYANNIS Constantinos 319-320, 322

BARANGER Denis 183, 205, 207,

BARBE Vanessa 384

BARRET-KRIEGEL Blandine 450

BARTHELEMY Joseph 31, 79-80, 107, 123, 134, 136, 150-154, 170-175, 177, 221-222, 225-226, 232

BASTID Paul 202, 206, 208, 212
BATBIE Anselme 46, 50, 52-53, 65
BEAUD Olivier 29-32, 34-35, 102, 114, 119, 125, 135, 139, 151, 170, 179, 191, 194, 198-199, 202, 207, 211, 220, 233-234, 267-269, 538
BECHET-GOLOVKO Karine 344-345
BEGUIN Jean-Claude 384
BELAID Serge 391
BELL John 461
BERGEL Jean-Louis 196, 271
BERLIA Georges 240
BERTHELEMY Henry 122
BESNIER Jean-Marie 13
BISCAREL Barbara 471-472
BLACHER Philippe 404-406, 541
BLACKSTONE William 80, 204-205
BLANC Louis 223, 227
BLANC-JOUVAN Xavier 80
BLONDEL Jean 183
BOBBIO Noberto 196-197
BODIN Jean 23, 333
BON Pierre 33, 426, 506, 526-527
BON-COMPAGNI Carlo 64
BONNARD Roger 99, 432
BONNECASE Julien 77, 97
BONNET Julien 391
BOUCHENE-LEFER 27, 46-49, 52-56,
BOUCHER Julien 102, 527, 531
BOUDON Julien 96-97
BOUGRAB Jeannette 126-127, 143, 244-245
BOUISSOU Michel 155, 163
BOULOUIS Jean 191-192
BOURDON Jacques 182-183, 271, 273-276, 329
BOUTMY Emile 203-205, 207, 208, 210, 215
BREILLAT Dominique 226, 285

BRUNET Pierre 31, 311, 548
BURDEAU Georges 31, 114, 140, 145, 154, 156, 162-165, 181-182, 209, 227-228, 233, 234-235, 280, 460
BURKE Edmund 57
BYK Christian 286-287

C

CABANTOUS François 47-54, 65,
CADART Jacques 97, 156-157, 163, 182
CAMBY Jean-Pierre 561
CAMY Olivier 310
CANIVET Guy 281-282, 288
CAPITANT David 383
CAPITANT René 31, 135, 139-141, 146-147, 152, 244-245, 247
CARBONNIER Jean 544
CARCASSONNE Guy 279, 477, 494, 532
CARPANO Eric 451, 459
CARRE DE MALBERG Raymond 21, 31, 77, 79, 111, 113-119, 132-133, 158, 233-234, 452, 454-456
CARTIER Emmanuel 235, 469
CAUDAL Sylvie 26-27
CAYLA Olivier 288, 460
CHAGNOLLAUD Dominique 261, 266-268, 272-273, 494
CHALTIEL Florence 345
CHAMUSSY Damien 473
CHANTEBOUT Bernard 28, 106, 180, 220, 259, 269, 274, 283, 302
CHAPUS René 369
CHAVRIER Géraldine 480
CHENOT Bernard 13-16
CHEVALLIER Jacques 181-182, 192-194, 244, 310, 448-450, 452, 454, 456-458, 543-544
CHIROUX René 405

CLAPIE Michel 267
CLERGERIE Jean-Louis 268
COL Norbert 216
COLLIARD Jean-Claude 33, 506
COMBACAU Jean 346
COMBREDET Georges 223
CONAC Gérard 105, 147-148, 240-241, 244, 347, 350
CONSTANT Benjamin 23, 171
CONSTANTINESCO Vlad 28, 216, 261, 267, 275, 294, 302, 462
COSTA Delphine 16
COURREGES Anne 526-527
CROISAT Michel 267-268
CUBERTAFOND Bernard 33
CUNIBERTI Gilles 377

D

DABIN Jean 13, 271
DAL FARRA Thierry 498-499
DARCY Gilles 319
DAVID René 80, 377
DE BELLESCIZE Ramu 355, 361
DE BROGLIE Victor 221, 225, 228-232
DE CLAUSADE Josseline 467
DE GUILLENCHMIDT Michel 329
DE LACHARRIERE René 155, 163, 169
DE LAMY Bertrand 33, 441, 506-507
DE LAUBADERE André 373
DE MAISTRE Joseph 202
DE MONTALIVET Pierre 549, 552-553, 566-568
DE TOCQUEVILLE Alexis 23, 34, 58, 171, 210, 216, 385-386, 388

DEBBASCH Roland 182-183, 211, 262, 271, 273-276, 319, 329
DEBRE Jean-Louis 464-465, 505-506, 536
DELAMARRE Manuel 471
DELLEY Jean-Daniel 470
DELPECH Joseph 97, 129, 134
DELPEREE Françis 33, 315
DELVOLVE Pierre 353
DENQUIN Jean-Marie 29, 32-33, 305, 311, 313, 545, 548, 568
DEPPER Armand 217, 218
DESCARTES René 92
DESCHANEL Paul 122
DESLANDRES Maurice 42, 77, 88, 90-92, 95, 177, 225
DESWARTE Marie-Pauline 264
DEUMIER Pascale 377
DICEY Albert Venn 78, 80-88
DOAT Mathieu 319
DOUENCE Jean-Claude 319, 367
DRAGO Guillaume 288, 459, 526, 530, 543, 566
DRAGO Rolland 368
DRAPIER Monique 394
DU PASQUIER Claude 271
DUBOUT Edouard 422, 555, 557-558
DUCROCQ Théodore 48-49
DUEZ Paul 31, 80, 123, 134, 151-154, 170-175, 221-222, 225-226, 232
DUGRIP Olivier 365, 367, 374
DUGUIT Léon 21, 31, 77, 79, 132, 135-138, 223, 451-458, 542
DUHAMEL Olivier 179, 450
DUMAS Roland 533
DURUPTY Michel 354
DUTHEILLET DE LAMOTHE Olivier 424, 447, 472-474

DUVERGER Maurice 153, 155-165, 169, 175-178

E

EISENMANN Charles 25, 31, 270-272, 382

ESMEIN Adhémar 11-12, 27-28, 30, 43, 77, 79, 96-107, 111-115, 119, 124-125, 134, 158, 210, 219, 223, 226, 257-258, 303, 457, 539-540, 542

ESPLUGAS Pierre 18, 31, 353-354

EUZET Christophe 270

F

FATOME Etienne 368

FAURE-TRONCHE Véronique 267

FAVOREU Louis 17-18, 24, 33, 37-38, 43-44, 76, 183, 189, 194, 258-260, 268, 293-294, 299-300, 319, 329-330, 332-333, 337, 345, 353-356, 358, 372-373, 384, 391, 394, 396, 403, 408, 413, 422, 426, 430, 448, 458, 460-462, 471, 497, 542, 552, 557, 566

FEKL Matthias 284

FELDMAN Jean-Philippe 310

FLAESCH-MOUGIN Catherine 27

FLAUSS Jean-François 261

FLUCKIGER Alexandre 470

FONBAUSTIER Laurent 138, 494

FORTSAKIS Théodore 14-15, 17, 25, 34, 45-46, 76-77

FOUCART Emile-Victor 47, 55

FOULQUIER Norbert 31-32

FOUQUET-ARMAND Maud 287

FOYER Jean 281, 377, 405

FRAISSEX Patrick 35, 283

FRANCOIS Bastien 18-20, 191, 220-221, 302, 315

FREEMAN Edward 83

FRIER Pierre-Laurent 300, 353, 452

FROMONT Michel 378, 384, 394, 396, 425, 434-435, 448

G

GAMBETTA Léon 227
GARREC René 489-490
GAUDEMET Eugène 99
GAUDEMET Paul-Marie 91, 114
GAUDEMET Yves 498-499
GAUTIER Marie 422-423
GAUTRON Jean-Claude 344
GENEVOIS Bruno 404, 434
GENGEMBRE Gérard 202, 207
GENY François 122, 282
GERBER Carl Friedrich 89
GICQUEL Jean 152, 165, 224, 275
GICQUEL Jean-Eric 165, 222, 224-225, 230, 232, 275
GIROLA Carlo 139
GONDOUIN Geneviève 283
GONOD Pascale 468
GORDON Ezekiel 129
GOUET Yvon 144-145
GOYARD Claude 310, 450, 452, 461
GREWE Constance 226, 285, 287, 436, 438, 457
GRZEGORCZYK Christophe 196-197
GUASTINI Riccardo 290
GUENA Yves 464
GUGLIELMI Gilles 353
GUIGNARD Didier 319
GUILLAUME Marc 33, 506
GUILLAUMONT Olivier 469
GUILLOUD Laëtitia 286
GUYOMAR Mattias 421-423, 527, 556-557, 561

H

HAKIM Nader 30, 32,
HAMILTON Alexander 386-387

HAMON Francis 194, 259, 265, 268, 288-290, 299
HAMON Léo 366, 374, 407, 417
HAQUET Arnaud 264, 277-278
HAURIOU André 143, 157, 160, 163-165, 167, 179-180, 191
HAURIOU Maurice 30-31, 77, 79, 107-110, 131, 158, 207, 209-211, 452, 454, 456-458, 540
HEMARD Joseph 98-99
HENRY Jean-Pierre 459
HEUSCHLING Luc 196-197, 450-452, 454, 458-459
HOBBES Thomas 197, 334
HOURQUEBIE Fabrice 278, 282, 392
HUGLO Christian 505

J

JACQUINOT Nathalie 26
JAMIN Christophe 25, 26, 32, 48, 77, 97-98
JAN Pascal 377, 410, 469-470, 476-477
JANOT Raymond 250-252, 390
JAUFFRET-SPINOSI Camille 377
JAY John 386
JEAMMAUD Antoine 28, 299
JEANNEAU Benoît 154, 159, 163
JELLINEK Georg 89, 138, 216
JESTAZ Philippe 25, 32, 48, 77, 97-98
JEZE Gaston 149-150
JOUANJAN Olivier 89, 91, 197, 290, 383-385, 396, 450, 457

K

KATZ David 513
KELSEN Hans 140-141, 198, 289-291, 432, 476-477
KLIMA Karel 544

KOUBI Geneviève 218, 240, 353

L

LA HOUGE Claire 431
LABAND Paul 78, 88-95, 114
LABAYLE Henri 33, 506
LABOULAYE Edouard 222, 225-227, 232
LAFARGE Phlippe 357
LAFERRIERE Edouard 99
LAFERRIERE Firmin 44, 46, 49, 50-51, 53, 55-57
LAFERRIERE Julien 28, 109-110, 129, 133-134, 158, 163, 219
LAMBERT Edouard 412
LARNAUDE Ferdinand 79, 90, 122
LATOURNERIE Roger 16
LAVIALLE Christian 530
LAVIGNE Pierre 43, 65,
LAVROFF Dimitri Georges 35, 283
LE BRIS Catherine 530
LE DIVELLEC Armel 76, 103, 540
LE POURHIET Anne-Marie 182, 259, 262-264, 266, 273, 289, 302, 543-545, 548
LECLERCQ Claude 191, 271-272
LEISNER Walter 449, 451, 453-454, 459
LENOIR Noëlle 344
LERAT Christian 389
LEVADE Anne 428, 430
LEVINET Michel 544
LEVY Denis 192
LICHERE François 468
LOCKE John 23
LUCHAIRE François 190, 192, 195-196, 220, 390, 392, 439-440, 447, 462, 472, 475
LUISIN Bernard 450

M

MAC MAHON Patrice 223-224
MACAREL Louis-Antoine 24, 59-61,
MACHELON Jean-Pierre 222, 229, 417, 533
MACHIAVEL Nicolas 23
MADISON James 386
MAESTRE Jean-Claude 192-193
MALO Laurent 530
MATHIEU Bertrand 24, 28, 33, 259-260, 266, 316, 329, 417, 462, 465, 471, 473, 475, 506, 526, 530, 533, 541-542
MATHIOT André 185
MAUGUE Christine 33, 506, 509, 526, 529-530
MAULIN Eric 31, 56, 114-115
MAUS Didier 33, 221, 259, 286, 313, 426
MAZEAUD Pierre 404-405, 422-423, 432, 447, 558
MBONGO Pascal 33, 506, 526
MELIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand 24, 265-268, 272-273, 276, 284, 302, 329, 417, 541
MELLERAY Fabrice 30-32, 422-423, 557
MENY Yves 450
MERCUZOT Benoît 476-477
MESNARD André Hubert 366, 374-375
MICHALON Thierry 319
MICHAUT Françoise 196-197
MILACIC Slobodan 277-278, 545
MILHAUD Albert 149
MILLARD Eric 21, 26
MINEUR Didier 31
MIRKINE-GUETZEVITCH Boris 107, 121, 123, 126-131, 146, 149
MODERNE Franck 26, 35, 283
MOLFESSIS Nicolas 468
MOLINIER Vincent 57-59, 64
MONJAL Pierre-Yves 266-267, 344
MONNIER Henry 223

MONTESQUIEU 23, 24, 277-278, 553
MOREAU Félix 97
MOREAU Jacques 319
MORVAN Patrick 25, 27, 48
MOUTON Jean-Denis 267
MULLER Friedrich 95

N

NAY Olivier 22
NEZARD Henry 122, 178, 195
NOGUELLOU Rozen 320, 323, 326, 332

O

ORDINAIRE Maurice 149
OST François 281

P

PACTEAU Bernard 16, 466
PACTET Pierre 24, 35, 157, 220, 265-268, 272-273, 276, 283-284, 287, 302, 329, 405, 468
PAINE Thomas 57, 207
PARIENTE Alain 266, 310, 549
PARRAIN-VIAL Jean 26
PASSELECQ Olivier 221
PECHILLON Eric 357
PELLET Alain 344
PELLISSIER Jean 299
PETIT Jacques 300
PFERSMANN Otto 31
PFIMLIN Pierre 235, 237-239
PHILIP Loïc 240, 247, 337, 345, 354-356, 372, 408, 430, 497, 530, 552, 557, 566
PHILIPPE Xavier 33, 417, 422, 506, 533
PIAZZON Thomas 466, 532

PIERRE-CAPS Stéphane 28, 35, 216, 261, 267, 275, 283, 294, 302, 462
PINON Stéphane 31-32, 77, 103, 106, 111-113, 126-128, 130-131, 142, 153, 540
PINTO Roger 402-403
PLATON 22
PLESSIX Benoît 240, 242
POIRMEUR Yves 191, 304, 546
PONTIER Jean-Marie 27-28, 182-183, 271, 273, 275-276, 329, 447, 467
POUSSON-PETIT Jacqueline 468
PRELOT Marcel 98, 106-107, 158, 163, 164, 177-179, 181, 191, 220
PRELOT Pierre-Henri 111-112, 157
PRETOT Xavier 240, 243, 347, 350
PREVOST-PARADOL Lucien-Anatole 221, 225, 230-232

Q

QUERMONNE Jean-louis 267-269
QUIOT Gérard 350-351
QUOC DINH Nguyen 235

R

RADE Christophe 561
RAYNAUD Philippe 58, 391
REDOR Marie-Joëlle 31, 454, 462
REDSLOB Robert 143-144
RENARD G
RIALS Stéphane 35, 206, 212-213, 215, 290-304
RIBERT Léonce 222
RICCI Jean-Claude 182-183, 271, 273-276, 329
RIPERT Georges 27
RIVERO Jean 14-16, 25, 34, 48, 51, 240, 242, 244-245, 303-304, 409, 419, 448, 452, 465

ROBERT Jacques 141
ROBLOT-TROIZIER Agnès 552-553, 544-545, 549, 552, 566-568
ROLIN Frédéric 33, 443, 498-499, 506, 514, 518-519, 534
ROMI Raphaël 218
ROSENFELD Michel 544
ROSSETTO Jean 555-556, 558
ROSSI Pellegrino 43, 50, 55, 65-71, 106
ROUSSEAU Dominique 12, 16-18, 33-35, 299, 301, 304, 311, 316, 323-324, 326-327, 330-332, 341, 345-346, 375, 377, 391, 393, 403, 405, 407, 410, 417, 440, 443, 449-450, 461-464, 476, 506-507, 523, 533, 536-537, 539-540, 542-543, 545-548, 549-550, 552
ROUSSEAU Jean-Jacques 23, 167-168, 265, 334, 391, 393
ROUSSILLON Henry 284, 304
ROUVILLOIS Frédéric 199, 265, 392
ROUX André 319, 330
ROUX Jérôme 421, 428, 431
RUEDA Frédérique 468
RUIZ-FABRI Hélène 457

S

SABETE Wagdi 33, 443, 506, 514
SACRISTE Guillaume 111
SAINT GIRONS Antoine 71-75
SAULNIER Frédéric 32, 150
SAUVAGEOT Frédéric 319
SAVAUX Eric 25, 98, 272
SAVIGNY Friedrich Carl 88-89
SAVY Robert 35, 304
SCHMITT Carl 135, 139, 207, 209
SEILER Daniel-Louis 183
SERRIGNY Denis 61-64
SFEZ Lucien 152

SHOETTL Jean-Eric 462-463, 472
SIBERT Marcel 205
SIEYES Emmanuel 23, 124-125, 208-210, 265-266, 538
SIMON Denys 422, 557
STAHL Jacques-Henry 33, 506, 509, 526, 529-530
STARCK Christian 383-384, 398
STIRN Bernard 498-499, 526
STUBBS William 83-84
SUPPIOT Alain 299

T

TABAKA Benoît 469
TEBOUL Gérard 240, 347, 350
THALLER Edemond Eugène 122
THERON Jean-Pierre 368
THIERS Adolphe 223
THIRION Nicolas 347, 354
TIMSIT Gérard 391
TISSIER Albert 122
TISSOT Joseph 27, 44-45
TODD Alpheus 83, 85-86
TORCOL Sylvie 270
TOUZEIL-DIVINA Mathieu 45, 47
TROPER Michel 18, 21, 26, 115, 187, 189, 194, 196-201, 259, 265, 268, 288-293, 319, 450, 459, 454, 462-463, 545-546, 555-556, 558
TROVATELLO Valérie 470
TRUCHY Henry 122
TURPIN Dominique 79, 259, 265-266, 329

V

VALEMBOIS Anne-Laure 448, 466, 471, 473
VAN DE KERCHOVE Michel 281

VEDEL Georges 18-19, 30, 50, 107, 166-168, 240, 242, 244-245, 299, 316, 410, 443, 459, 462, 476-477, 540, 543
VEIL Simone 542, 545
VELLEY Serge 552
VERPEAUX Michel 16, 28, 33, 50, 211, 260, 266, 316, 329-331, 462, 506, 528, 535, 542-543, 549, 552-553, 566-568
VIALLE Pierre 412
VIDAL-NAQUET Ariane 519, 542, 549, 552-553, 566-568
VILLEY Michel 22, 197
VIRALLY Michel 196

W

WACHSMANN Patrick 32
WALCH Emile 216
WALINE Jean 452
WALINE Marcel 14, 16, 35, 143, 245, 283
WARSMANN Jean-Luc 467
WERNER Alain 290, 405
WOOD Gordon 389
WROBLEWSKI Jerzy 27

Z

ZIMMER Willy 234-235, 280, 448, 465-466
ZOLLER Elisabeth 194, 211-213, 215, 260, 378, 380-381, 387-389, 393, 400-401, 403, 414

TABLE DES MATIERES

TABLE DES ABREVIATIONS 7

SOMMAIRE 9

INTRODUCTION 11

I/ Une première approche des termes du sujet 12

A/ De l'empirisme et du conceptualisme en général : l'appréhension par un sujet d'un objet qui lui est distinct 12

B/ Empirisme et conceptualisme en droit administratif : une situation particulière (le droit) est-elle rattachable à une règle plus générale et abstraite (le discours doctrinal) 13

II/ Détermination de l'objet d'étude : une analyse globale du saisissement par la doctrine des règles de droit constitutionnel dans leur ensemble 16

A/ Les défricheurs d'une analyse du droit sous l'angle de la jurisprudence du Conseil constitutionnel : penser intellectuellement les conditions d'un droit constitutionnel jurisprudentiel à partir des années 1970 17

B/ Suivre la formation et l'évolution des principes généraux du droit constitutionnel dans tous les stades de la discipline 20

III/ Délimitation du sujet 22

A/ Au fondement du droit constitutionnel, comme discipline universitaire, se trouve une pensée à vocation universelle sur la meilleure société politique 22

B/ La « *théorie générale* » au sein des manuels : réceptacle des « *principes généraux* » du droit constitutionnel 25

IV/ Intérêt de l'objet 29

A/ Permettre une lecture globale de la doctrine constitutionnaliste française et une histoire de la science du droit constitutionnel 30

B/ Appréhender le droit constitutionnel comme une « *discipline indivisible* » 32

C/ La lisibilité du droit en vigueur et la sécurité juridique : enjeux contemporains du droit constitutionnel 34

V/ Méthode et problématique 36

PARTIE I/ LES PRINCIPES GENERAUX AU SEIN DES MANUELS DE DROIT CONSTITUTIONNEL : UNE APPREHENSION HAUTEMENT CONCEPTUELLE

TITRE I/ DU CONCEPTUALISME A L'EMPIRISME DANS LES METHODES DOCTRINALES D'APPREHENSION DU DROIT CONSTITUTIONNEL 41

Chapitre 1/ La consécration d'une science du droit constitutionnel autour des grands principes libéraux de la période révolutionnaire 43

Section 1/ Les premiers développements de droit constitutionnel au sein des manuels de droit public au XIXe siècle 44

§1/ La présentation des règles naturelles et universelles, principes généraux des manuels en droit public 44

A/ Les principes tirés de la nature de l'homme et des choses, fondement du droit positif en vigueur 45

1/ l'identification des principes généraux du droit public 45

2/ Structurer le droit positif autour des principes 50

B/ La société politique est l'organisation particulière des pouvoirs publics ayant pour but la préservation des droits naturels des individus 57

§2/ Les principes du droit de l'organisation et du fonctionnement des pouvoirs publics en France 64

A/ L'induction de lois générales à partir de l'observation de l'histoire constitutionnelle nationale 65

1/ Une lecture historique des règles du droit constitutionnel en vigueur 65

2/ Le principe d'unité nationale : principe général de l'organisation politique nationale 69

B/ L'application d'une méthode expérimentale : la coutume constitutionnelle, source des principes généraux du droit constitutionnel 71

Section 2/ La « *doctrine classique* » et la consécration d'une science du droit constitutionnel 76

§1/ La science du droit constitutionnel français à la fin du XIXe siècle, un conceptualisme « modéré » 79

A/ L'empirisme anglais : décrire l'histoire et le fonctionnement réel des institutions politiques et leurs rapports avec les citoyens 80

1/ La détermination pratique des règles de droit constitutionnel 80

2/ L'induction de lois générales à partir de l'observation réelle du droit et des institutions : la notion de « *fait légal* » chez Albert Venn Dicey 85
B/ La « *dogmatique allemande* » : la déduction dans le droit positif des conséquences de principes généraux et abstraits 88
1/ Un projet méthodologique fondé sur la logique des institutions consacrées par la Constitution 88
2/ Au fondement de chaque institution se trouve un principe général et abstrait qui le transcende 92
C/ La théorie générale du droit constitutionnel en France : Les règles idéales vers lesquelles tout gouvernement devrait tendre 96
1/ Les grands principes du libéralisme politique d'Occident 96
2/ Les grandes classifications du droit constitutionnel en général et de la IIIe République en particulier : la construction d' « *institutions-types* » 103
§2/ La liberté politique, cadre de réflexion de la doctrine classique 106
A/L'élaboration d'un « *droit commun constitutionnel* » 107
B/ Le rattachement du régime parlementaire de la IIIe République aux principes libéraux de la période révolutionnaire 111
1/ L'apologie de la IIIe République 111
2/ « *Le positivisme républicain* » de Raymond Carré de Malberg 113
Conclusion du Chapitre 1er 119

Chapitre 2/ L'émergence d'une lecture « *empirique* » du droit constitutionnel : « *l'empirisme politique* » 121
Section 1/ Une dévalorisation progressive de la notion de constitution écrite 122
§1/ Le droit non écrit : source essentielle en droit constitutionnel 123
A / Les limites de l'organisation formelle des pouvoirs afin de garantir la liberté politique 123
1/ La théorie classique du constitutionnalisme écrit 123
2/ Les limites de la « *rationalisation* » du pouvoir et de l'ensemble de ses manifestions : l'apport de Boris Mirkine-Guetzévitch à la théorie du constitutionnalisme écrit 126
B/ La « *Constitution positive* » n'est pas la Constitution formelle : le droit constitutionnel non écrit, partie intégrante du droit positif en vigueur 131
1/ La coutume, un « *impensé constitutionnel* » dans la pensée classique 131
2/ Une hiérarchie des normes renversée au profit de la coutume 135

a/ La solidarité nationale, norme antérieure et supérieure au droit positif en vigueur : les apports de la théorie du droit de Léon Duguit 135
b/ Une redéfinition de la règle de valeur constitutionnelle : l'application du critère de « *la plus grande force* » dans les travaux de René Capitant 139
§2/ Les vertus de la progression naturelle des institutions politiques : l'analyse doctrinale du régime parlementaire français 142
A/ Les tentatives de saisissement de la logique réelle du régime parlementaire 142
1/ L'appréhension générale du régime parlementaire dans les années 1930 143
2/ Le régime parlementaire : une progression naturelle et continu vers un « *type idéal* » 146
B / La question particulière de l'opportunité d'une révision formelle des Lois constitutionnelles de 1875 149
Section 2/ Une reconsidération des principes généraux du droit constitutionnel à partir des faits politiques au sein des manuels du milieu du XXe siècle 153
§1/ Un saisissement plus global et général du phénomène constitutionnel : l'enrichissement de la partie générale des manuels 155
A/ La substitution du fait au droit : l'appréhension du « *phénomène politique* » 155
1/ Un objet d'étude redéfini : du droit constitutionnel à la science politique 155
2/ Une appréhension théorique du « *fait* » 160
B/ Construire une théorie générale de l'ensemble des formes d'organisation du pouvoir politique dans le monde 162
1/ L'intégration des régimes autoritaires à l'analyse générale de l'organisation et du fonctionnement des pouvoirs publics 163
2/ Un saisissement général et global de la démocratie « *non classique* » : l'exemple de « *la démocratie marxiste* » de Georges Vedel 166
§2/ Repenser les soubassements des principes généraux du droit constitutionnel classique 169
A/ Libérer les principes de leur fondement juridique traditionnel: le rejet des constructions juridiques *a priori* 170
B/ La théorie générale des institutions politiques : des principes généraux induits de l'observation réelle du fonctionnement des institutions 175
Conclusion du Chapitre 2nd 181
Conclusion du Titre 1er 185

TITRE 2/ DE « L'EMPIRISME JURIDIQUE » A LA CONFIRMATION DES PRINCIPES GENERAUX ELABORES A LA FIN DU XIXe SIECLE DANS LES MANUELS DE DROIT CONSTITUTIONNEL CONTEMPORAIN 187

Chapitre 1/ La constitution est la concrétisation pratique des principes généraux du droit constitutionnel : « *l'empirisme juridique* » 189

Section 1/ Du rapport entre le droit et les principes qui permettent de rendre compte du droit : retranscrire fidèlement le droit positif en vigueur 190

§1/ La consécration d'une méthode juridique positiviste en droit constitutionnel contemporain 190

A/ L'autorité retrouvée d'une « *définition formaliste* » du droit constitutionnel : les sources réelles sont celles effectivement sanctionnées 191

B/ Le renouvellement de la science du droit constitutionnel : « *une méthode juridique positiviste* » 195

§2/ Eléments théoriques pour une distinction entre les « *constitutions conceptuelles* » et les « *constitutions empiriques* » 200

A/ Le critère de la nature d'une constitution 201

1/ Les grands textes constitutionnels anglais, des lois de réaction face aux circonstances du moment 203

2/ La première Constitution française, un texte abstrait et rationnel 207

B/ Le critère de la structure des textes constitutionnels : l'exemple des déclarations des droits 212

1/ La logique du texte de la Déclaration anglaise de 1688 : les circonstances réelles du fonctionnement des institutions politiques 213

2/ La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : penser les principes universels de la meilleure société politique 216

Section 2/ L'élaboration des constitutions françaises, une démarche empirique 219

§1/ La conclusion d'un « *contrat politique* » entre monarchistes et républicains : la promulgation des Lois constitutionnelles de 1875 221

A/ La constitution, un œuvre de « *transaction politique* » 222

B/ La traduction dans le droit positif de 1875 d'un courant néo-libéral pragmatique : l'indifférence à l'égard de la nature du régime 228

§2/ Répondre à des problèmes concrets au détriment de la théorie : la constitution est le résultat d'enjeux pratiques 232
A/ La constitution n'est pas la traduction juridique de principes généraux antérieurs 233
1/ Les principes de la loi du 3 juin 1958 : l'encadrement du processus constituant dans un esprit démocratique large et peu contraignant 234
2/ La constitution n'est pas la déduction pratique des principes énoncés dans une déclaration des droits 240
B/ Débattre et régler les aspects pratiques des principes généraux consacrés par la constitution : éviter les constructions théoriques et juridiques fondamentales 246
1/ Une relative indifférence à l'égard des mots choisis dans le texte constitutionnel 246
2/ Du droit vers des enjeux strictement politiques, l'exemple de l'élaboration de la Constitution de 1958 250
Conclusion du Chapitre 1er 254

Chapitre 2/ Le maintien des principes doctrinaux au sein des manuels et le défi du développement de la jurisprudence constitutionnelle 257
Section 1/ La doctrine contemporaine et « *le conceptualisme* » en droit constitutionnel 257
§1/ L'évolution de la pensée sur le droit sous l'effet des mutations contemporaines du phénomène constitutionnel : l'intégration analytique des nouveaux objets du droit constitutionnel 258
A/ Une diversification de l'architecture globale des manuels : l'exemple de la diversification des plans 258
B/ La confrontation entre les principes généraux du droit constitutionnel et les mutations du phénomène constitutionnel 262
1/ Une prise en compte analytique des mutations du droit et l'absence de renouvellement conceptuel : la couverture factuelle des exceptions aux principes juridiques 263
2/ Les tentatives d'intégration des phénomènes nouveaux à des principes juridiques traditionnels : l'exemple de la nature de l'Union européenne 266
§2/ La préservation des principes généraux du droit constitutionnel 269
A/ Un intérêt didactique: les principes généraux du droit constitutionnel, des constructions simples et vulgarisées à destination des étudiants en droit 270
B/ Un intérêt historique : les principes généraux, soubassement du libéralisme politique classique 273

C/ Un intérêt pratique : les mots restent alors même que le contenu a changé 276
Section 2/ Le Conseil constitutionnel et le « *conceptualisme* » en droit constitutionnel 281
§1/ La jurisprudence du Conseil constitutionnel, objet du droit positif en vigueur 282
A/ Une dévalorisation progressive de la constitution écrite : un phénomène de banalisation des révisions constitutionnelles 283
B/ Le Conseil constitutionnel, interprète de la constitution : un acte de volonté et de création libre du droit selon la « *théorie réaliste* » de l'interprétation 288
§2/ La jurisprudence, source de reconsidération théorique des principes généraux du droit constitutionnel 293
A/ La volonté du législateur de placer le Conseil constitutionnel au cœur de l'interprétation de la loi constitutionnelle : l'exemple d'un rôle d'arbitre des différents principes du droit constitutionnel de la décentralisation 293
B/ Le défi de l'enrichissement des principes théoriques par la jurisprudence constitutionnelle 298
1/ La diffusion analytique de la jurisprudence constitutionnelle 299
2/ Repenser les soubassements des principes généraux du droit constitutionnel au travers des apports de la jurisprudence 301
Conclusion du chapitre 2nd 304
Conclusion de titre 2nd 307
Conclusion de la 1re Partie 309

PARTIE 2/ DE L'INFLUENCE DE LA JURISPRUDENCE EMPIRIQUE DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL SUR LES PRINCIPES GENERAUX, EN MARGE DES MANUELS

TITRE 1/ LA JURISPRUDENCE DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL, SOURCE EMPIRIQUE DU DROIT CONSTITUTIONNEL 315

Chapitre 1/ L'analyse de la jurisprudence empirique du Conseil constitutionnel par la doctrine 317
Section 1/ L'actualisation des règles de droit constitutionnel : la synthèse jurisprudentielle des principes contenus dans la Constitution 318
§1/ « *La République indivisible est décentralisée* » : la notion constitutionnelle de libre administration des collectivités territoriales 318

A/ Le droit positif de la décentralisation au prisme de la libre administration des collectivités territoriales 320
1/ La consécration dans le droit, de l'encadrement de la libre administration par les exigences de l'Etat unitaire 320
2/ Les deux facettes jurisprudentielles de la libre administration : des implications positives et négatives 323
B/ Le « *principe doctrinal* » de libre administration, une suite de décisions d'espèce 329
§2/ L'Etat souverain consent à des transferts de compétences au profit d'organisations internationales 333
A/ Une redéfinition jurisprudentielle du principe de souveraineté : la notion de « *conditions essentielles d'exercice de la souveraineté* » 333
1/ Constitution et engagements internationaux : l'admission constitutionnelle d'une « *souveraineté partagée* » 334
2/ Le pragmatisme du juge constitutionnel et la notion de « *conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale* » 336
B/ Le principe doctrinal de « *conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale* » : identifier les critères d'appréciation des atteintes à la souveraineté élaborées par le Conseil constitutionnel 344
Section 2/ La nécessaire clarification de certaines dispositions constitutionnelles 346
§1/ Extraire le droit positif des dispositions du Préambule de la Constitution : les limites constitutionnelles à la privatisation d'entreprises publiques 347
A/ L'émergence d'une distinction jurisprudentielle entre les services publics qui découlent d'exigences constitutionnelles et les « *services publics législatifs* » sur la base de l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946 347
B/ Les tentatives de systématisation de la jurisprudence du Conseil constitutionnel autour d'un principe de « *service public constitutionnel* » 353
1/ Les services publics de « *premier* » et de « *second rang* » : tempérer le critère de la prise en charge des services publics par l'Etat 353
2/ Une sous- distinction au sein des « *services publics de premier rang* » ou l'admission d'une gestion du service public par une personne privée : les exemples particuliers du service public pénitentiaire et du service public fiscal 357
§2/ La délicate répartition des compétences entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif au travers de l'interprétation des mots de la Constitution : l'exemple des « *catégories d'établissements publics* » 362

A/ le droit positif et la notion jurisprudentielle de catégorie d'établissement public 363
1/ Les contours de la catégorie nouvelle d'établissements publics au travers de la notion jurisprudentielle « *d'établissement sans équivalent sur le plan national* » 363
2/ Les délicats critères d'identification des catégories ou comment ranger les établissements au sein des catégories ? 367
B/ Le législateur est compétent pour fixer les règles de création au sein d'une catégorie d'établissements publics eu égard à l'importance de la règle en cause 370
Conclusion du Chapitre 1er 375

Chapitre 2/ De l'empirisme du juge constitutionnel : aspects théoriques et pratiques à partir de la comparaison avec l'étranger 377
Section 1/ Le juge constitutionnel et le rapport à la Constitution 379
§1/ La justice constitutionnelle, produit de la volonté du pouvoir constituant 380
A/ L'esprit de la Loi fondamentale de Bonn : la Cour fédérale au service de la garantie effective des droits fondamentaux 382
B/ L'esprit de la Constitution fédérale américaine : permettre implicitement à la Cour suprême d'exercer un contrôle de constitutionnalité des normes 385
C/ L'esprit de la Constitution française : le Conseil constitutionnel, un organe encadré et strictement chargé de réguler l'activité des pouvoirs publics 390
§2/ L'étendue du pouvoir d'interpréter la Constitution, symbole de la légitimité du juge dans l'ordre constitutionnel national 393
A/ La Cour fédérale allemande, gardien du droit et des valeurs véhiculées par le droit 394
B/ La Cour suprême américaine, gardienne de la volonté du pouvoir constituant originaire 400
C/ Le Conseil constitutionnel français, une « *justice retenue* » 403
Section 2/ Le rapport à l'acte contrôlé et le juge constitutionnel : les raisons procédurales et contentieuses de l'empirisme du juge constitutionnel 410
§1/ Les règles de fonctionnement de la justice constitutionnelle en lien avec sa place sur l'échiquier institutionnel 411
A/ L'influence du contrôle « *a priori* » ou du contrôle « *a posteriori* » sur l'étendue l'appréciation de la constitutionnalité d'une loi 412
1/ Des décisions sous forme de guide constitutionnel à destination du législateur dans le cadre du contrôle des lois d'ores et déjà en vigueur 412

2/ Prévenir toute forme d'appréciation de l'opportunité d'une loi non promulguée : les contraintes du contrôle « *a priori* » 416
B/ Les moyens mis en œuvre dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des actes de transposition en droit interne des directives communautaires 420
§2/ Les moyens matériels pour apprécier la constitutionnalité d'un acte, gage d'analyse approfondie et détaillée de sa conformité à la Constitution 424
A/ L'étendue de l'office du juge constitutionnel au travers de l'exemple particulier du principe de laïcité 424
1/ Le contrôle de la constitutionnalité des actes juridiques par la Cour constitutionnelle fédérale allemande : un « *procès constitutionnel* » 425
2/ L'exercice d'un contrôle minimum de la compatibilité d'une loi à la Constitution par le Conseil constitutionnel 428
B/ L'analyse de la compatibilité de la Constitution au Traité sur l'Union européenne au travers de l'office du juge 434
1/ Déterminer le cadre général des relations entre l'Etat et les institutions communautaires 435
2/ Permettre la ratification d'un traité dans le respect de la Constitution 438
Conclusion du Chapitre 2nd 441
Conclusion du Titre 1er 443

TITRE 2/ LA TOURNURE EMPIRIQUE ET CONTENTIEUSE DU DROIT CONSTITUTIONNEL 445

Chapitre 1/ Une fragilisation des règles de droit constitutionnel en vigueur sous l'effet de la jurisprudence empirique du Conseil constitutionnel 447
Section 1/ L'absence d'exigence générale de lisibilité des règles de nature constitutionnelle 449
§1/ Le concept d'Etat de droit en France : contraindre juridiquement l'Etat au respect du droit 450
A/ La doctrine française classique et le concept d'Etat de droit : conceptualiser le libéralisme politique 450
1/ La théorie de la soumission de l'Etat au droit, au prisme du principe de légalité au début du XXe siècle 451

2/ Le problème de la souveraineté de la loi au début du XXe siècle : « *un Etat de droit imparfait* » 455
B/ La doctrine contemporaine et le contrôle de constitutionnalité des lois : la consécration d'un « *principe de constitutionnalité* » 459
1/ Le dépassement du « *principe de légalité* » au travers du contrôle de constitutionnalité des lois 459
2/ La justice constitutionnelle, gardien des droits et libertés fondamentales en France : de l'idée de démocratie à celle d'Etat de droit comme moyen de légitimation du Conseil constitutionnel 461
§2/ Le principe de sécurité juridique s'arrête au seuil de la règle de nature constitutionnelle 465
A/ Lutter contre l'insécurité du droit par le recours à des normes de simplification et d'amélioration de la législation 467
B/ La sécurité juridique, une norme constitutionnelle jurisprudentielle implicite 471
Section 2/ Les difficultés pour connaître le droit né de la jurisprudence constitutionnelle 475
§1/ La motivation des saisines parlementaires au prisme de la jurisprudence constitutionnelle 476
A/ Les arguments jurisprudentiels d'une extrême généralité adaptés à un cas d'espèce*:* l'exemple du principe de libre administration des collectivités territoriales 477
B/ Le rapprochement de décisions d'espèce à la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel 481
1/ Un raisonnement par analogie : la transposition d'une position jurisprudentielle circonstancielle à la loi déférée au Conseil constitutionnel 481
2/ La détermination du cadre constitutionnel applicable à la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel au travers d'une compilation de décisions d'espèce 484
§2 / L'influence de la jurisprudence constitutionnelle dans l'élaboration d'une loi nouvelle 487
A/ La mise en opposition du droit écrit et du droit jurisprudentiel au niveau constitutionnel : la codification, vecteur de sécurité juridique 488
1/ Réviser la Constitution afin de compenser les incertitudes jurisprudentielles 488
2/ Les opposants à un projet de loi : les risques en aval, d'une jurisprudence imprévisible et instable 492
B/ l'influence de la jurisprudence dans la rédaction de la loi 496

1/ La traduction de la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative à la comptabilité d'un traité avec la Constitution : l'introduction de normes constitutionnelles circonstancielles 496
2/ La traduction de la jurisprudence constitutionnelle relative à la privatisation d'entreprise privée : la création de lois complexes et peu claires 498
Conclusion du Chapitre 1er 502

Chapitre 2/ Les perspectives d'évolution vers une analyse conceptuelle du droit constitutionnel jurisprudentiel 505
Section 1/ Une évolution de la politique jurisprudentielle du Conseil constitutionnel dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité ? 507
§1/ Les acquis du contrôle a priori de constitutionnalité des lois, transposés à la question prioritaire de constitutionnalité 508
A/ Les signes d'une jurisprudence constitutionnelle stable et homogène depuis l'introduction de la procédure de QPC 508
1/ La confirmation des considérants de principe permettant de déterminer le droit applicable à la constitutionnalité d'une loi 509
2/ L'organisation formelle des décisions QPC : l'application du syllogisme caractérisant le raisonnement classique du Conseil constitutionnel 512
B/ Une interprétation circonstancielle des dispositions de nature constitutionnelle dans le cadre de la procédure de question prioritaire de constitutionnalité 514
1/ L'adaptation des dispositions de la Constitution au cas d'espèce sur la base duquel le Conseil constitutionnel est saisi : une lecture empirique des « *droits et libertés garantis par la Constitution* » 515
2/ La détermination du seuil de constitutionnalité d'une loi s'apprécie « *in concreto* » par le juge constitutionnel 519
§2/ Les nouveautés du contentieux de constitutionnalité des droits et libertés sur le fondement d'une question prioritaire de constitutionnalité 522
A/ Le développement de la « *Constitution-charte des droits et libertés* » 523
1/ Le rayonnement des droits et libertés dans le cadre de la procédure de question prioritaire de constitutionnalité 523
2/ Les dispositions constitutionnelles qui ne constituent pas un droit ou une liberté au sens de l'article 61-1 de la Constitution : la définition continue de la notion de « *droits et liberté garantis par la Constitution* » 525

B/ L'accroissement des outils qui permettent une bonne compréhension et la médiatisation des décisions du Conseil constitutionnel 532
Section 2/ Le renouvellement des principes institutionnels à partir de la jurisprudence du Conseil constitutionnel ? 536
§1/ Du dépassement de la « *démocratie représentative* » vers la « *démocratie par la constitution* », un exemple de principe renouvelé sous l'effet de la jurisprudence 537
A/ Une tradition d'identification entre gouvernants et gouvernés : la démocratie représentative permet de garantir la liberté politique des ciotyens 537
B/ La « *démocratie par la constitution* », l'autonomie des citoyens par rapport aux institutions politiques dans la garantie des droits et libertés 541
§2/ De l'appréhension des grands principes institutionnels à partir de la jurisprudence constitutionnelle 548
A/ Une lecture contentieuse et pratique des règles d'organisation et de fonctionnement de l'Etat : l'exemple de la « *conception française de la séparation des pouvoirs* » 549
B/ La notion de « *principes inhérents à l'identité constitutionnelle nationale* », une réflexion renouvelée sur les principes au fondement du constitutionnalisme national 554
Conclusion du Chapitre 2nd 559
Conclusion du Titre 2nd 561
Conclusion de la 2nde Partie 563
Conclusion générale/ Les prémisses d'une reconsidération des principes généraux sur la base de la seule jurisprudence constitutionnelle : à propos d'un manuel récent de « *droit constitutionnel jurisprudentiel* » 565

BIBLIOGRAPHIE 569
INDEX DES NOMS 627

Résumé

Connu en droit administratif, le thème de l'empirisme et du conceptualisme interroge la possibilité pour la doctrine, d'induire de la jurisprudence des catégories plus générales et abstraites, facilitant la connaissance d'une discipline essentiellement jurisprudentielle. L'idée de confronter cette problématique au droit constitutionnel est d'abord liée aux mutations de la discipline depuis la création du Conseil constitutionnel en 1958. Précisément, le développement de la jurisprudence constitutionnelle pouvait laisser présumer une facette empirique en droit constitutionnel, susceptible d'interroger la nécessité pour la doctrine, de procéder *a posteriori* à une mise en ordre synthétique des décisions du Conseil constitutionnel. En réalité, l'alternance entre l'empirisme et le conceptualisme en droit constitutionnel dépasse le seul rapport de la doctrine et la jurisprudence. La présente étude s'efforce alors de saisir dans tous les stades de la discipline, et quelles que soient les sources, le travail de systématisation du droit. Néanmoins, il ne s'agit pas de se contenter de suivre, conformément à une démarche chronologique, l'évolution de la pensée en droit constitutionnel, mais de procéder à l'identification de périodes.
Le conceptualisme ancien, hérité des premiers manuels de droit constitutionnel à la fin du XIXe siècle, a permis d'élaborer les grands principes du droit constitutionnel français. Partant, l'évolution des méthodes doctrinales tout au long du XXe et au début du XXIe siècle, en lien avec l'évolution du droit lui-même, soumet ces principes à des démarches plus empiriques. Il s'agit d'abord, d'un premier courant doctrinal apparu à la suite de la Seconde Guerre mondiale, qualifié dans le cadre de la présente étude de « *empirisme politique* », puis, aux alentours des années 1970, d'un second courant, défendant un « *empirisme juridique* ». Enfin et cette dernière période demeure en cours, le développement de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, caractérisée par son empirisme, ouvre la voie à un « *empirisme jurisprudentiel* », dont les enjeux sont plus largement abordés dans la présente étude.

Mots clefs
SOURCES DU DROIT CONSTITUTIONNEL ; JURISPRUDENCE DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL ; DOCTRINE ; PRINCIPES GENERAUX DU DROIT CONSTITUTIONNEL ; HISTOIRE DE LA DOCTRINE CONSTITUTIONNALISTE ; SCIENCE DU DROIT CONSTITUTIONNEL ; THEORIE CONSTITUTIONNELLE ; THEORIE DE L'ETAT

Abstract

The issue of empiricism and conceptualism has been studied in administrative law. It refers to the possibility for academics to infer general and abstract categories from case law. Such reasoning by induction aims to facilitate the knowledge of administrative law, which essentially consists of case law.

Studying this issue in constitutional law is justified by the changes which have occurred in the discipline since the birth of the *Conseil Constitutionnel* in 1958. Specifically, the development of constitutional case law has led to the assumption that constitutional law has a more empirical dimension and that new relations are being established between academics and judges. In practice, the alternation between empiricism and conceptualism in constitutional law goes beyond the relation between legal scholars and case law. Thus, this study attempts to capture the systematization of law in all stages of the discipline and whatever the sources. The analysis is not only following the changes in the mode of thinking concerning constitutional law by respecting a chronological sequence, it also aims at identifying periods.
The conceptualism of the past, inherited from the first treatises on constitutional law at the end of the nineteenth century, has developed the main principles of French constitutional law. Since then, the evolution of doctrinal methods, throughout the twentieth and the early twenty-first century, in conjunction with the development of law itself, subjects these principles to more empirical approaches, bringing them closer to the reality of constitutional law. More precisely, three empirical periods can be identified. The first period emerged after Word War II and is described as *"political empiricism"* in this study. The second time appeared in the 1970's and advocates a *"legal empiricism"*. Finally, the development of the jurisprudence of the *Conseil constitutionnel* opens the way for *"case law empiricism"*, widely discussed in this analysis.

Keywords

SOURCES OF CONSTITUTIONAL LAW ; CASE LAW OF THE *CONSEIL CONSTITUTIONNEL*; CONSTITUTIONAL LEGAL SCHOLARS ; GENERAL PRINCIPLES OF CONSTITUTIONAL LAW ; HISTORY OF THE CONSTITUTIONAL LEGAL SCHOLARSHIP ; SCIENCE OF CONSTITUTIONAL LAW ; CONSTITUTIONAL THEORY ; STATE THEORY